

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL: FUNCIONAMIENTO DE LA ACCIÓN O RECURSO DE INAPLICABILIDAD, CRÓNICA DE UN FRACASO

por Gastón Gómez Bernales

SUMARIO: I. Introducción: la inaplicabilidad como jurisdicción constitucional. II. El funcionamiento de la inaplicabilidad, entre 1990 y 2001 III. Decisiones de inaplicabilidad y práctica constitucional.

El presente trabajo tiene por objeto, por una parte, registrar y evaluar el funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad (segunda sección de este trabajo) y por la otra, analizar si esta acción produce decisiones constitucionales de inaplicación como genuina jurisdicción constitucional (a lo que está dedicada la tercera sección). Intento constatar si la Corte Suprema -órgano encargado de efectuar la revisión- mediante estas decisiones constitucionales interpreta la Carta desarrollándola y si se sitúa con acierto en la tensión democracia y constitución, protegiendo derechos fundamentales y configurando una práctica que de seguridad a los ciudadanos. Con todo, los objetivos que me he trazado reclaman efectuar algunos análisis previos, a los que están dedicadas las siguientes páginas (sección primera).

Indagar si el llamado recurso de inaplicabilidad funciona acertadamente como jurisdicción constitucional tiene especial relevancia para la vigencia y arraigo del constitucionalismo en nuestro país. El constitucionalismo es un ideal acerca del texto constitucional y de su práctica interpretativa que reclama no sólo la existencia de un programa de normas que organiza el poder, y que posee cierta inalterabilidad frente al proceso legislativo, sino también, y de modo preponderante, un conjunto de exigencias acerca de las estructuras específicas de esos procedimientos (no cualquier procedimiento legislativo satisface exigencias de universalidad del voto, igualdad, consideraciones objetivas de cálculo y peso, etc.) y acerca del contenido de las leyes que regulan la vida pública (que llamaríamos respeto por los derechos). Existe suficiente evidencia que una jurisdicción constitucional atenta, que razona y que es prudente, al controlar la constitucionalidad de la ley cumple funciones claves para profundizar una Constitución, en el sentido que le da el constitucionalismo al término. Una jurisdicción de esta clase provee -y creo que también se justifica- no sólo por su capacidad para proteger intereses individuales (del tipo que consume la jurisdicción común) o resuelve conflictos políticos, sino especialmente por la producción de bienes públicos indispensables para la tutela de los derechos y la integridad y coherencia del ordenamiento. Al enfrentar y resolver conflictos acerca de la supremacía de la constitución y los conflictos normativos más relevantes del ordenamiento, en la interpretación de la constitución, o al reconstruir y proteger derechos fundamentales de extensa aplicación, una jurisdicción constitucional provee bienes públicos que resultan indispensables para todo sistema jurídico. Existe, en consecuencia, una estrecha vinculación entre revisión de la constitucionalidad de las normas legales y constitucionalismo, al menos desde una perspectiva teórica.

Muchos especialistas han advertido una tensión importante entre los ideales de una democracia participativa, en los que los afectados por las decisiones políticas tienen un extenso e igualitario acceso al proceso de formación de las decisiones, y el ideal del gobierno limitado, que exige que la mayoría no pueda afectar ciertos bienes e intereses que le son indisponibles. No es el momento, en este trabajo, de entrar a justificar la revisión de la constitucionalidad de la ley, trayendo a colación el denominado debate

contramayoritario. Es evidente, además, que estos ideales de gobierno limitado y democracia participativa presentan una amplia gama de posibles combinaciones -en atención a la experiencia de América Latina y de otros sistemas más estables- que van desde un constitucionalismo mínimo o débil hasta sistemas que desarrollan intensos procesos democráticos e instituciones que afianzan el gobierno limitado y los derechos. La experiencia demuestra que en modelos de constitucionalismo más fuerte se advierten jurisdicciones constitucionales intensas y concentradas que, entre otras funciones, interpretan la Constitución y protegen derechos fundamentales, en suma, jurisdicciones que cuenta con poder para revisar y controlar las leyes que los amenazan, reconstruyendo los derechos, sobretudo, en casos de penumbra o indeterminación de los enunciados constitucionales. En estos sistemas se advierte también que las jurisdicciones constitucionales desarrollan argumentativamente la Constitución, generando si observamos descriptivamente, una práctica constitucional que tiende a tutelar derechos fundamentales, irradiando con sus decisiones al resto del ordenamiento. A juzgar por el funcionamiento de esos sistemas más fuertes, la posibilidad de que los ciudadanos puedan poner en entredicho e invalidar las leyes que afectan esos derechos, dentro de ciertas condiciones, robustece los ideales del constitucionalismo.

Si, como hemos enfatizado, una genuina jurisdicción constitucional tiene especial trascendencia para el constitucionalismo y los ideales de respeto a los derechos individuales y de participación democrática, entonces se puede colegir que revisar y analizar el funcionamiento del recurso de inaplicabilidad es un aspecto importante para detectar la intensidad de estos ideales en nuestro país. Sobre todo porque es el único mecanismo que reconoce la Constitución y sus prácticas interpretativas para tales efectos. El análisis y revisión del recurso de inaplicabilidad que en este trabajo emprendo, servirá para aquilatar la solvencia de la extraña conformidad que el recurso parece provocar, a juzgar por las escasas reformas de que ha sido objeto a lo largo de su existencia (desde 1925). ¿Cumplirá la inaplicabilidad con los propósitos que justifican tenerla? ¿Produce los bienes públicos que reclamamos? Porque si no funciona apropiadamente habría que proponer una revisión global de la jurisdicción constitucional.

I. Introducción: la inaplicabilidad como jurisdicción constitucional.

1. Sentido de la inaplicabilidad. La acción o recurso de inaplicabilidad es una técnica que la Constitución instituye para resolver conflictos normativos de jerarquía que se suscitan en el sistema jurídico con la aplicación de normas a casos concretos y para tutelar derechos fundamentales (1). Si con motivo de un litigio, juicio o gestión la (o las) norma (s) legal (es) que un juez ha de aplicar para resolverlo está (o están) en conflicto con otra (u otras) norma (s) pero de la Constitución, entonces la inaplicabilidad es la vía para suspender la obligación del juez de aplicar el derecho legislado, los preceptos legales, a casos. Ello supone, naturalmente, que el derecho legislado es indisponible para el juez “de fondo” llamado a resolver disputas (2). Por intermedio de la inaplicabilidad se libera a estos jueces del sometimiento al imperio de la ley. En suma, por medio de la inaplicabilidad los titulares de derechos fundamentales recurren hasta la Corte Suprema para que ésta se los resguarde frente al poder legislativo, ordenándole al juez que conoce de la “gestión” la ineficacia circunstancial de una o varias normas legales por ser contrarias a la Constitución (3).

Para entender y evaluar correctamente la inaplicabilidad y su incidencia en la interpretación de la Constitución y en la seguridad de los derechos que resguarda, es fundamental advertir que ésta funciona en el sistema jurídico como una técnica de control de normas o preceptos legales y no de control o invalidación de enunciados legales y que las resoluciones o sentencias que en los procesos de inaplicabilidad se dictan tienen exclusivamente efectos inter pares o relativos, desconociéndose en nuestro sistema jurídico las sentencias constitucionales de invalidación.

En efecto, lo primero que cabe aclarar es que la acción o recurso de inaplicabilidad funciona como control de normas legales y no de enunciados legales, incrementando, con ello, la necesidad de técnicas adicionales que den estabilidad a las interpretaciones de las normas y la Constitución. Esta necesidad es aun más acuciante en un contexto de pluralidad de órganos con funciones de interpretación constitucional, como acontece en nuestro sistema. El análisis de los fallos que la Corte Suprema ha emitido confirmará esta idea. Si la inaplicabilidad fuese un control que invalidara enunciados legales inconstitucionales -expulsando la ley del ordenamiento- la unidad de la Constitución sería, eventualmente, más fácilmente atendida. Pero la inaplicabilidad no opera como control de enunciados, funciona como control de interpretaciones o significados de los enunciados (normas) (4) aplicables a casos. Si bien lo que se declara inaplicable por inconstitucional -ineficaz circunstancialmente- a un caso concreto es formalmente el enunciado legal, en realidad es la o las interpretaciones o significados de ese enunciado en función de la Constitución y de la específica aplicación de dicha norma al caso. De este modo, el problema de determinar si la inaplicabilidad por inconstitucionalidad incrementa la unidad interpretativa de la Constitución o por el contrario solo estimula la regularidad formal de las decisiones mas no su unidad interpretativa material, ya que, entre otros aspectos, no se mantienen por los jueces constitucionales ni los métodos ni las interpretaciones de la Constitución, o bien, averiguar si la Inaplicabilidad funciona de modo abiertamente discrecional, resultan, todos ellos, objetivos o preguntas decisivas para evaluar el compromiso efectivamente constitucional del sistema y la certeza de esta acción.

Lo segundo que es importante aclarar de la Inaplicabilidad, y que está en directa relación con la efectiva vigencia de la Constitución, es que ni el sistema jurídico ni la práctica constitucional fijan formalmente extensión a los efectos de una sentencia de inaplicación más allá de la gestión, proceso o causa para la cual directamente se ha solicitado -me refiero solo a aquellas que acogen una inconstitucionalidad pues las de rechazo no generan efecto alguno. Ello puede provocar inestabilidad en las interpretaciones de la Constitución y como veremos las provoca. Así, una declaración favorable de inconstitucionalidad no invalida el precepto legal o la ley tachada por el Pleno de inconstitucional y no la expulsa del sistema jurídico, pudiendo, en los hechos, volver a aplicarse incluso en supuestos fácticos similares. La Corte, entonces, se pronuncia sobre la consistencia con la Constitución de una norma para -y teniendo en cuenta- una gestión o juicio y le está vedado en la practica constitucional efectuar declaraciones de invalidación o formular otro tipo de comentarios acerca de la ley. En consecuencia, esta declaración es una ineficacia parcial del precepto legal que obliga al juez a quo -o a una Sala de la propia Corte- a excluir esa disposición legal de los fundamentos de la decisión del caso -que en otras circunstancias por imperativo del principio de legalidad le obliga- pero no llega más allá. Buena parte de estos problemas se deben a que la práctica constitucional no reconoce valor a fórmulas semejantes al precedente.

2. La inaplicabilidad como judicial review concentrado. He señalado que la inaplicabilidad es la única técnica de revisión de la constitucionalidad de preceptos legales que impera en nuestro sistema. Se trata de una técnica exclusiva y excluyente de control de normas legales, ya que sólo el más Alto Tribunal del poder judicial se encuentra facultado por la Constitución para efectuar esta declaración. El resto de los jueces que integran el poder judicial en otras instancias no tienen, en este sentido, funciones constitucionales. Así se ha entendido por la jurisprudencia y por la casi unanimidad de los especialistas. El sistema es una revisión concentrada de la ley entregada a la Corte Suprema (al Pleno). Con todo, existe una que otra opinión disidente que sostiene, por imperativo de la supremacía constitucional, que todos los tribunales tendría la misma atribución frente al derecho legislativo vigente. Pero este planteamiento no goza de aceptación en la doctrina. La constitución no admite un judicial review generalizado. Los jueces están sometidos a las normas legales -por imperativo del principio de legalidad- y no se admite que duden de su constitucionalidad. Las partes pueden cuestionar las normas legales aplicables a un caso para ante la Corte Suprema, sea que el caso lo esté conociendo otro tribunal

distinto al Alto Tribunal o en las materias radicadas en Sala o en el Pleno de la propia Corte -recurso- y esta última, hacerlo de oficio -acción de inaplicabilidad- pero nada más.

La tesis central de aquellos que creen que hay en la penumbra de la Constitución un judicial review generalizado en favor de todos los jueces se basa exclusivamente en el artículo 6° de la Constitución que consagra el principio de supremacía de la Constitución, al decir, que los órganos del estado deben someter su acción a la constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella. Pero ese artículo debe conciliarse con otro específico⁽⁵⁾ que atribuye en exclusiva, concentradamente, a la Corte Suprema la inaplicación de los preceptos legales para determinadas “gestiones”. Dicha norma excluye, en consecuencia, al resto de los tribunales de la función de control de los preceptos legales. Si los partidarios del judicial review difuso tienen razón el artículo 80 de la carta carecería de sentido. Además, en la Actas de la Comisión que estudió y redactó la Constitución quedó constancia que sus integrantes fueron de ese parecer, pero creo que tales opiniones no son concluyentes para decidir este asunto. El argumento, por otra parte, de aquellos que sustentan esta posición, al igual que el de Marshall en *Marbury v. Madison*, descansa en que es un imperativo de la supremacía de la constitución que todos los jueces puedan inaplicar las normas legales que deben aplicar a casos cuando éstas violan la constitución. Si los jueces no pueden inaplicar la ley y están obligados a respetarla cuando ésta lesiona la Constitución, la supremacía de la Constitución está en entredicho. El argumento parece fuerte, pero está construido sobre una falacia. Que el control de la supremacía de la constitución sea determinante para la vigencia de la Carta, no quiere decir que los jueces comunes deban necesariamente tener la facultad de revisar la validez o la aplicabilidad el derecho legislado que han de utilizar para resolver los casos. No hay nada contradictorio con la supremacía constitucional en que se atribuya particularmente a la Corte Suprema la revisión de constitucionalidad de los preceptos legales y se excluya a los restantes jueces. Tampoco la hay en que ni los jueces de fondo ni los de la Corte Suprema gocen de potestades de inaplicación o de invalidación y que deban o puedan, por ejemplo, enviar la resolución del problema de constitucionalidad que adviertan en la ley a un tribunal constitucional para su resolución. Puedo no estar de acuerdo con el modelo concentrado de inaplicabilidad vigente, considerar más eficiente o justo otro o sencillamente creer que en los hechos éste no funciona, pero de ello no se sigue que para salvar la supremacía constitucional debemos apoyar el judicial review generalizado. Hay suficientes razones, derivadas de la experiencia histórica de nuestro país y de evidencias empíricas, que nos sugieren poner en duda los supuestos en los que descansa la “lógica de Marshall”, como la ha llamado Nino ⁽⁶⁾, en lo que respecta al caso chileno.

El carácter concentrado que tiene la inaplicabilidad -exclusivamente la Corte Suprema la declara- acarrea vaguedad e indeterminación del precepto legal que debe ser declarado inaplicable, en función del caso. Es muy poco asertiva. La inaplicabilidad se pone en marcha a solicitud de parte ante la Corte mediante un escrito que atribuye a un precepto legal aplicable al caso infringir la constitución. Por lo general, esta solicitud se presenta ante la Corte con posterioridad a la notificación de la demanda en materias civiles o laborales, y antes de la sentencia de primera instancia. Como el juez de la instancia no ha establecido los fundamentos jurídicos de su decisión -no se ha dictado sentencia- tanto la parte como la propia Corte actúan a ciegas pretendiendo saber cuál es el precepto que debería solucionar el asunto. En efecto, la parte en su escrito de impugnación señala cuáles preceptos y por qué violentan la constitución y la Corte Suprema, por su parte, al revisar el problema puede compartir o no el criterio del solicitante pero deberá antes que nada determinar si el precepto que se demanda inaplicar es el que soluciona el caso o no. Ambos actúan sin saber si el juez de la instancia seguirá esa argumentación. Si bien hay casos en los que la Corte afirma que el recurso es “jurídico” y que a ella sólo le corresponde establecer si el precepto que se solicita inaplicar es inconstitucional y no si es el aplicable al caso, la práctica estable consiste en que la Corte Suprema exige que la inaplicabilidad solicitada sea específicamente de la norma aplicable al caso sino declara inadmisile

el recurso. Esta práctica de la Corte implica que ella se pronunciamiento respecto del derecho atingente a un conflicto subjetivo, es decir, es inmiscuye en el conflicto de fondo planteando cuál debe ser la norma aplicable. Pero este pronunciamiento de la Corte Suprema no obliga al juez del fondo a resolver conforme al criterio de la Corte Suprema. Dentro de la esfera de atribuciones del juez está determinar cuál es la norma para resolver el caso o la interpretación correcta.

La razón de fondo de esta ambigüedad y falta de definición, es que para intentar el recurso -y en la práctica la gran mayoría así lo hace- no se prevé en las reglas que el juez del fondo haya emitido su sentencia comprometiéndose con ciertas normas aplicables al caso, que luego se pudieran declarar inaplicables. Al funcionar la inaplicabilidad concentradamente, es decir, interponiendo la acción desde primera instancia y antes de la sentencias para ante la Corte Suprema saltándose los pasos judiciales intermedios, se produce una verdadera indefinición acerca de cuál es el precepto legal aplicable al caso y cuál es la interpretación que lo soluciona, ya que el juez llamado a hacerlo no lo ha hecho. El modelo de revisión judicial aplicado en USA es consistente con un trabajo por instancias hasta el write of certiorari una vez que se han producido las sentencias en las instancias respectivas. De esta manera la revisión judicial precisa pues opera cuando el resto del sistema judicial ha hecho su trabajo. El nuestro es un sistema que actúa en indefinición.

3. La Inaplicabilidad y el resto de las funciones de interpretación constitucional.

El ideal de tutelar derechos fundamentales mediante una jurisdicción constitucional enfrenta un serio contratiempo de diseño en Chile. Mientras en el resto de los sistemas comparados relativamente logrados la función constitucional de control presenta concentración orgánica y respeto al precedente⁽⁷⁾ -esto es, hay un órgano que en definitiva controla e interpreta la Constitución y sus decisiones producen efectos diversos según los casos en el resto de la actividad jurisdiccional- en nuestro país existe un sistema extendido de control constitucional y hay varios órganos que interpretan y aplican la Constitución, lo que alienta decisiones constitucionales divergentes y contingentes. Así, a la función que cumple el recurso de inaplicabilidad en el control constitucional a posteriori de las leyes, se suma el control preventivo del Tribunal Constitucional sobre proyectos de leyes orgánicas e interpretativas de la Carta (obligatoriamente) y en la resolución de eventuales conflictos de constitucionalidad suscitados entre mayorías y minorías, o entre el Presidente y el Congreso, durante la tramitación legislativa de normas legales, tratados internacionales, reformas constitucionales, y decretos con fuerza de ley. La coexistencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional con funciones de interpretación y de control de la Carta facilita, aunque este es un argumento contingente, la existencia de métodos, criterios y decisiones constitucionales diversas entre estos órganos. Los criterios de interpretación constitucional esgrimidos por el tribunal constitucional -fundados en el finalismo, la unidad interpretativa de la carta y de deferencia política hacia los órganos involucrados- se aparta de los criterios dependientes del método exegético apegado al texto literal de los enunciados que utiliza el Supremo Tribunal de justicia ⁽⁸⁾.

A la existencia de un modelo mixto de control de normas legales -ya señalado- es necesario agregar las funciones de control e interpretativas de la Constitución que poseen las Cortes de Apelaciones y las diversas Salas de la Corte Suprema en la tutela de derechos fundamentales mediante las acciones de Amparo, Protección, Amparo Económico, Pérdida y Desconocimiento de la Nacionalidad, Indemnización por Error Judicial y otras, ante actos u omisiones de los poderes públicos. La situación de la acción de protección -conocida como amparo en otros ordenamientos- es sintomática de lo que queremos decir. Los ciudadanos cuando ven violados sus derechos constitucionales señalados en el artículo 20 de la Constitución -que excluye, en general, derechos de prestación- frente a actos u omisiones arbitrarias o ilegales de los poderes públicos pueden recurrir ante las Salas de la Corte de Apelaciones de todo el país, en un procedimiento breve, para tutelar esos derechos. La Corte Suprema conoce de la apelación de la sentencia. Pero la Corte Suprema conoce en “segunda instancia”

repartiendo o distribuyendo los recursos en las cuatro Salas contempladas para conocer las materias de su competencia. Esta distribución se lleva a cabo sobre la base de la región de origen del recurso (9). Así, a la Tercera Sala van los asuntos de Santiago, a la Segunda las provenientes de las regiones del Norte, y así sucesivamente. Esta separación formal entre las Salas provoca la existencia de decisiones contradictorias en diversas materias (función pública, contratos de concesión, propiedad sobre el empleo, contratos de salud, la nulidad, etc.), afectando, así, la unidad interpretativa de la Constitución.

No puede obviarse, en esta descripción de los órganos con funciones constitucionales de interpretación constitucional y de protección de derechos, las tareas constitucionales atribuidas a la Contraloría General de la República para revisar preventivamente la constitucionalidad de decretos y resoluciones del poder ejecutivo(10) y las del Tribunal Calificador de Elecciones (11) al conocer del contencioso electoral. En el mismo sentido y acentuando las contradicciones, la Constitución confía al Senado, de modo “exclusivo” según señala el artículo 49 número 3°, la atribución de resolver las contiendas de competencia suscitadas entre autoridades políticas o administrativas y los Tribunales Superiores de justicia; conflicto que es, en un sentido profundo, de interpretaciones acerca de las potestades o competencias conferidas a los órganos por la Carta. El mejor ejemplo, es el único conflicto recurrente que ha conocido el Senado, a saber, el suscitado entre la Contraloría General de la República y los Tribunales Superiores de Justicia. La primera reclama una potestad constitucional exclusiva y excluyente para tomar razón de los decretos y resoluciones administrativas; y las Cortes del país, por su parte, esgrimen la atribución de proteger derechos constitucionales a través de la acción de protección para invalidar ese acto de toma de razón, cada vez que creen que deben proteger derechos. La Contraloría ha recurrido al Senado para resolver este conflicto con los Tribunales Superiores de Justicia, y a pesar de que el órgano político le ha dado la razón, ha debido dársela caso a caso (el Senado no se obliga al precedente) transformando, en los hechos, el control en ineficaz y absurdo, no sólo porque un órgano político tenga atribuciones “exclusivas” para conocer y resolver esta clase de conflictos jurídico constitucionales, sino que, además, porque dada la cantidad de recursos que conocen y fallan los tribunales contra la Contraloría, el Senado debería estar en funciones permanentes dedicado a este asunto, si “las partes” se tomaran en serio el problema.

La descripción anterior da cuenta de la existencia de varios órganos con potestades interpretativas de la Carta y de control constitucional. La presencia de todos estos órganos no debiera en principio preocuparnos si es que hubiese ordenación y las interpretaciones de la Carta tendieran a uniformarse o hubiera modos de confrontarlas. Pero no es el caso. Lo que se advierte es un ejercicio separado de las facultades que la Constitución confiere. Ello debilita la supremacía constitucional.

En este contexto de pluralidad de órganos con tareas de interpretación constitucional -y control- debe entenderse la inaplicabilidad.

4. La inaplicabilidad como Jurisdicción constitucional. El diseño público de la Inaplicabilidad dificulta el funcionamiento y debate que exige una genuina jurisdicción constitucional. Desde el comienzo se puede afirmar que el diseño institucional de la inaplicabilidad -luego veremos la consistencia de sus decisiones- no constituye un marco acertado para el debate constitucional. La inaplicabilidad en cualquiera de sus dos modalidades, esto es, como recurso o acción, posee escaso diseño de jurisdicción constitucional.

En primer lugar, desde la perspectiva del impulso o iniciativa para la revisión de la constitucionalidad de las normas legales, cabe concluir que tal iniciativa, sin contrapeso, está entregada al titular, sujeto o parte interesada del asunto de fondo que se tramita ante “otro tribunal” (12). A ello cabe agregar, que la motivación para

interponer un recurso proviene no de razones públicas o institucionales sino que está estrechamente vinculada al propósito o pretensión que anima la acción o juicio iniciado y la búsqueda de la satisfacción o tutela del interés privado que, se cree, está afectado. Así, la cuestión de la inaplicabilidad y por lo tanto la de la constitucionalidad de las normas o preceptos legales es un apéndice del asunto, litigio o conflicto privado que anima el pleito de fondo, y solo a raíz y dependiente de él podrá ser revisada constitucionalmente una norma o precepto legal. La revisión de constitucionalidad de las normas legales es un asunto que no tiene autonomía pública del litigio privado. Es más, en casi la totalidad de los casos investigados, la inaplicabilidad funciona solo para evitar la aplicación de preceptos inconstitucionales a litigios o gestiones privadas y a instancias de los interesados provocando escasos efectos horizontales para el resto del sistema jurídico.

En segundo lugar, y fuera de la iniciativa reducida al interés privado que hemos anotado, en el debate constitucional que se provoca como consecuencia del recurso de inaplicabilidad no se divisa la intervención explícita de razones, intereses o puntos de vista públicos expuestos por entes que asuman esa representatividad. En efecto, desde la perspectiva de la legitimación activa, es sintomático que están excluidos de intervenir en el debate actores que en otros sistemas son sumamente influyentes como los “amicus curiae” de la causa, el defensor público o ministerio de esta clase con papel relevante y está excluido también el juez de fondo llamado a conocer y resolver el caso (ni siquiera se le consulta su parecer). La excepción es el informe que se le solicita la Fiscal de la Corte, pero que se ha entendido tiene que ver con la procedencia del recurso y no sobre la defensa del interés público comprometido. Asimismo, están excluidos del debate los ciudadanos porque la inaplicabilidad no funciona como acción pública.

En tercer lugar, desde el punto de vista del procedimiento, éste está concebido como un procedimiento privado análogo a los previstos para litigios comunes; así, el impulso depende de la parte, la instancia es abandonable, es posible desistirse -en suma es disponible el procedimiento y lo debatido- y solo las partes pueden solicitar la suspensión del procedimiento, alegar, presentar pruebas, etc., etc, todo mirando al interés procesal del solicitante. Como se advierte, en el procedimiento previsto no se contempla ni admite ningún espacio procesal para el debate público del problema de constitucionalidad que no sean los alegatos de parte.

Por último, desde la perspectiva de sus efectos, el carácter o efecto inter pares o relativo de las decisiones favorables de inaplicabilidad evidencia agudas diferencias entre diversas causas ya que “beneficia” solo a aquella causa para la cual se decreta formalmente. La Inaplicabilidad no provoca efectos de jurisprudencia o de precedente pues ni el Pleno de la Corte ni los actores del sistema actúan como si los razonamientos que permitieron arribar a una declaración de este tipo poseen perdurabilidad ni penetración para otros casos.

De lo anterior puede colegirse, que un diseño institucional precario de la inaplicabilidad, que, por lo demás sigue la lógica de los procesos privados, no facilita ni incentiva el genuino debate constitucional de cuestiones de interés y valor público (en general, satisface legítimos intereses privados) y tampoco contribuye a la estabilidad de las interpretaciones de la Constitución ni, en consecuencia, a la tutela de derechos subjetivos públicos.

5. Inaplicabilidad y control de constitucionalidad de las normas legales. De lo que llevamos dicho se advierte que la inaplicabilidad es una sanción de ineficacia circunstancial de ciertas normas legales que decreta el Pleno de la Corte Suprema para los gestiones judiciales en actual tramitación -que no se encuentren procesalmente ejecutoriadas. Se requiere que la parte lo solicite, cuando la gestión se verifica ante otro tribunal, o que la Corte la declare de oficio en las materias que por aplicación de las reglas generales debe conocer y resolver. La declaración exclusiva y

excluyente del Pleno de que una norma es inaplicable al caso se funda en que ésta es inconstitucional. La inconstitucionalidad es entonces el fundamento de la inaplicabilidad, quedando los jueces del Alto Tribunal impedidos de formular cualquier otro juicio sobre la norma. La inexistencia del precedente ha desarrollado la tendencia de que la inaplicabilidad de una norma legal depende de los rasgos característicos de cada controversia, de modo que la Corte en sus sentencias rehuye un pronunciamiento abstracto sobre la inconstitucionalidad de la ley y llega hasta profundizar en la genuina aplicabilidad que tendría el precepto cuestionado por la parte para la decisión del fondo de la controversia. Ello estimula que exista un pronunciamiento para cada controversia.

Por otra parte, teóricamente la declaración obligaría a los Ministros del Alto Tribunal ha formularla de nuevo, cuando las circunstancias fácticas del caso sean similares. Sin embargo, una declaración de inaplicabilidad, en ausencia de alguna forma de precedente, depende de la contingencia de que ese preciso día asistan e integren los Ministros que integraron el Pleno cuando se decretó inconstitucional.

El Alto Tribunal no está obligado -ni parece creer que lo esté- a mantener sus decisiones, ponderar del mismo modo, seguir o refutar argumentativamente sus criterios interpretativos anteriores, mantener esos criterios, etc. El resultado de esta verdadera discrecionalidad puede verificarse en el capítulo en que analizo la jurisprudencia, pero podemos adelantar que existen abruptos cambios de línea interpretativa que conduce a acoger o desechar la inaplicabilidad, dependiendo de factores subjetivos o de otros claramente secundarios, a saber, la integración de la Sala.

En rigor, una ley inconstitucional se mantendrá en vigencia en tanto el propio órgano que la dictó -el poder legislativo- no la derogue. Ello le da, para decirlo de una manera liviana, un enorme poder a la inconstitucionalidad para seguir provocando daño. El modelo hace un enorme esfuerzo por detectar la inconstitucionalidad de la norma, pero la desaprovecha ofreciendo otra oportunidad de ser aplicada. Sólo si la norma es nuevamente recurrida ante el Pleno, podrá volver a formular la declaración de inaplicabilidad, y el ciudadano verá protegidos sus derechos. Dado que los jueces inferiores no tienen facultades constitucionales de inaplicar la ley, el modelo admite que éstos apliquen una norma ya juzgada como inconstitucional por el Pleno, incluso más, los obliga a hacerlo si la parte no presenta el recurso de inaplicabilidad para evitar que lo haga. Al no existir ningún atisbo de precedente la norma que no es recurrida de inconstitucionalidad por la parte -porque no lo advirtió o sencillamente el abogado no era diligente- será aplicada, de ser procedente, por el juez de la instancia. Si a ello agregamos las dudas de interpretación que la Corte demuestra tener en sus decisiones, los cambios de criterio y otras disfunciones similares, podemos concluir que existe un significativo déficit de control de la ley. En algunos casos -como los señalados- provocados por el propio modelo y en otros por una dubitativa jurisprudencia.

El modelo de inaplicabilidad no parece advertir los esfuerzos públicos comprometidos en la revisión constitucional ni es sensible el alto costo que representa que normas legales inconstitucionales continúen vigentes, al menos teóricamente, hasta que el propio órgano que las dictó las derogue, ni el fraude a los ideales del constitucionalismo que representa todo aquello. La tutela de los derechos fundamentales no es una cuestión que atinja exclusivamente a los impulsos e intereses individuales. El modelo de inaplicabilidad, tal como se le ha diseñado y se le practica, distorsiona la supremacía constitucional al hacer depender la protección de los derechos constitucionales no de un sistema obligado a proveer respuestas coherentes y similares ante situaciones fácticas parecidas y a dar seguridad en el ejercicio de los derechos, sino de la actividad individual de la parte. Los derechos no son exclusivamente bienes individuales pues buena parte de ellos depende de que el órgano que en definitiva se encargue de tutelarlos y de interpretar la constitución,

posea un sentido estratégico de lo público. Si a ello se agrega una jurisprudencia dubitativa, que concede al legislador extensos horizontes, y que no respeta sus propios criterios y métodos de interpretación, podemos estar en serios aprietos.

6. Inaplicabilidad y constitución. La garantía de la supremacía constitucional -y la de los derechos- frente a la ley está atribuida a la Corte Suprema. Para llevar a cabo el proceso de control, el órgano judicial debe interpretar la constitución para determinar su sentido. La Constitución no es obvia por sí misma, ni puede aplicarse a controversias como si lo fuera. En el proceso de control, a las dificultades fácticas y situacionales que oponen los hechos de la causa, los jueces deben abordar las formidables complejidades que ofrece la Constitución. Al revisar la constitucionalidad de las leyes, deberán efectuar una labor previa de interpretación del texto de la Constitución. Esa labor se inicia para un juez constitucional enfrentando las indeterminaciones del texto constitucional que debe aplicar. Las más elementales complejidades del texto surgen, en primer lugar, del lenguaje vago, ambiguo y no exento de contradicciones de los enunciados constitucionales. Además, los jueces deberán precisar o reconstruir los derechos fundamentales, deliberadamente redactados de modo general para abarcar muchas hipótesis. Ello implica decirnos -en cada caso- en qué consiste el derecho a la vida, a la igualdad, a la propiedad o a la privacidad, etc.

Inevitablemente la Corte Suprema para aplicar la Constitución a casos debe esclarecer complejos enunciados redactados como principios que no pueden ser aplicados a leyes específicas y a casos sin antes ser interpretados. Del mismo modo deberán hacerse cargo de solucionar conflictos de derechos, presentes indirecta o directamente, prácticamente en todos los casos que deben conocer. En los hechos, prácticamente siempre la inaplicabilidad implica ponderar derechos fundamentales esgrimidos por las partes en apoyo de sus posiciones. Si los jueces esperan encontrar en la textura de los derechos fundamentales respuestas fáciles para los casos, o los interpretan de modo literal, no enfrentan los conflictos que presuponen su aplicación a casos o no asumen valoraciones acerca de ellos, el control fracasará indefectiblemente. El intento de reducir el control constitucional a una operación silogística simple fracasará pues los enunciados de la Constitución -por lo general- no tienen la solución a la cuestión constitucional suscitada sin una ardua labor de interpretación.

Hay que destacar un aspecto sustancial del control constitucional. Hemos dicho que indefectiblemente los jueces deberán interpretar la constitución y muy particularmente los derechos fundamentales. Esa tarea de interpretar la carta implica la determinación y la reconstrucción del sentido que el texto tiene, a partir del texto. El texto por sí solo es inerte. La labor de interpretar la constitución, de cara al control constitucional, presupone juzgar la ley y las valoraciones que el legislador adopta normativamente. Lo que nunca puede sostener un juez constitucional, como criterio de interpretación del texto, es que “los preceptos impugnados tuvieron plena aplicación y crearon la situación que el legislador previó”, como ha dicho reiteradamente la Corte en los casos(13) relativos al DL 2695, sobre regularización de la propiedad. Revisar la constitucionalidad de la ley significa justamente determinar si los “efectos” deseados por el legislador -y las valoraciones que suponen las decisiones adoptadas- son consistentes con la carta. En eso consiste, en parte, la revisión constitucional de la ley.

La interpretación de los derechos fundamentales, que el Alto Tribunal está obligado a preservar, presupone, adoptar posiciones y tomar decisiones sustantivas acerca de ellos. Esas decisiones inevitablemente exigen altos niveles de argumentación. La revisión de constitucionalidad de la ley implica, por ejemplo a raíz del derecho de igualdad ante la ley, determinar si las diferencias que debe efectuar el legislador son arbitrarias, y ello trae aparejado discernir las valoraciones y criterios adoptados por el legislador. Ello acontece con todos los derechos fundamentales. Dicho discernimiento no implica -como se cree- la libertad de éste para adoptar valoraciones personales, las

dominantes ni formales. Los jueces constitucionales no equivalen a la justicia del Cadi, quien a la sombra de un árbol determina quien tiene la razón. La apertura semántica que los derechos fundamentales tienen no es conciliable con cualquier conjunto de razones para decidir. Si la Corte no está dispuesta a interpretar la constitución sopesando las interpretaciones más fuertes que la Carta admite, y no asume que, por imperativo de la Carta, debe explicitar razones de fondo sobre las decisiones que adopta entonces el control constitucional se empobrece o se vuelve rutinario.

II. El funcionamiento de la inaplicabilidad, entre 1990 y 2001

En este capítulo se analiza el funcionamiento de la inaplicabilidad a través de cifras o tasas generales. Estas cifras se consignan en un modelo que piensa la jurisdicción constitucional, en especial el recurso de inaplicabilidad, como intercambio entre demanda por tutela de derechos constitucionales (tasa de ingresos anuales) y una oferta que el sistema institucional produce (tasa de fallos anuales). Entendemos, en consecuencia, que estas mediciones o tasas -la oferta y la demanda- son vitales para determinar la productividad en el trabajo de la Corte (14). Para estos efectos, entonces, hemos construido un modelo con los resultados formales de la inaplicabilidad entre 1990 y 2001 (15).

1. Ingresos de Inaplicabilidad. El cuadro que sigue da cuenta de los ingresos de recursos de inaplicabilidad en el período que abarca el estudio, 1990 a 2001. Las cifras reflejan la demanda por justicia constitucional.

Cuadro número 1

<i>Ingresos</i>	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
ENERO	3	2	5	7	2	7	6	5	5	4	1	2	49
FEBRERO	0	3	0	0	2	0	1	1	2	0	0	0	9
MARZO	0	3	5	7	5	10	7	8	6	2	3	5	61
61ABRIL	0	8	9	8	9	4	4	4	4	0	3	0	53
MAYO	0	3	1	7	5	43	2	3	3	6	3	4	80
JUNIO	1	1	24	7	8	1	5	2	3	1	1	4	58
JULIO	1	8	52	7	8	4	5	4	5	1	0	1	96
AGOSTO	1	2	28	3	2	10	1	8	7	4	3	1	70
SEPTIEMBRE	6	4	10	5	11	3	1	2	0	5	6	0	53
OCTUBRE	8	5	23	5	16	6	1	2	9	1	2	0	78
NOVIEMBRE	1	4	18	4	3	3	1	4	2	3	2	0	46
DICIEMBRE	4	7	6	2	10	4	1	4	3	2	0	4	45
TOTAL	25	50	182	62	81	95	35	47	49	28	27	17	698

Si la demanda está determinada, al menos, por la congestión o demora, por la esperanza de resultado favorable y por la intensidad de la necesidad de justicia constitucional, el número reducido de ingresos y la irregularidad de ellos pone en duda el papel, diseño y funcionamiento de la inaplicabilidad como jurisdicción constitucional. La irregularidad que se advierte en los ingresos no tiene explicación en el período, porque no hay hechos que la justifiquen, esto es, especiales circunstancias originadas en el propio recurso, modificaciones procesales que faciliten o dificulten la acción, mayor litigiosidad en el sistema que desaliente los ingresos, aumento de la rapidez de los fallos que la estimule, etc. No se advierte por qué se presentan abruptos aumentos de los ingresos en los años 92 (esta cifra se explica, en parte, debido a que ingresaron en ese año más de 90 causas impugnando el artículo 98 del DFL 252 de 1960 y 21 causas que impugnan la ley 18.525) y 95. Naturalmente, tampoco se advierte por qué en los años siguientes, esto es, 93 y 96 caen notoriamente los ingresos. Esto último acontece también con los años 2000 y 2001.

2. Jurisdicciones desde las que proceden los ingresos. El siguiente cuadro fija las jurisdicciones desde las cuales provienen los ingresos de inaplicabilidad.

Cuadro número 2

CIVIL	423
PENAL	34
MILITAR	10
PROTECCIÓN	58
M. VISITA	5
LABORAL	10
ELECTORAL	5
OTRO	74
TOTAL	643 (16)

Como se puede advertir del cuadro de más arriba las causas que han sido falladas por la Corte en el periodo 90-2001 provienen mayoritariamente de la jurisdicción civil. Más del 65 % de los ingresos provienen de dicha jurisdicción. En orden numérico le sigue la jurisdicción constitucional de protección. Cabe agregar, con todo, que dada la última jurisprudencia de la Corte Suprema, el recurso de protección ya no es más una vía desde la cual interponer un recurso de inaplicabilidad porque la Corte los declara inadmisibles.

Lo sorprendente del cuadro anterior, es la escasa cantidad de recursos entablados en materias penales, los que suman 34. Sumados los provenientes de la jurisdicción militar, alcanzan 44. Si cruzamos este dato, con el modo de término de esos recursos, nos encontramos con que la gran mayoría de estos casos penales no llegan a una sentencia jurisdiccional porque, sencillamente, son declarados inadmisibles toda vez que no hay causa o gestión pendiente al momento de conocerlo. Algunas hipótesis que explicarían la escasez de casos relativos a materias penales pueden ser las siguientes. Por una parte, puede deberse a razones de oportunidad y debido proceso, ya que no es atendible suspender el procedimiento con sujetos procesados pues conspira contra el debido proceso. Y si se continúa el proceso penal es difícil que haya revisión constitucional del mismo pues la demora hace que el recurso de inaplicabilidad sea revisado cuando ya no hay proceso penal pendiente. También podría deberse, a que los problemas más decisivos para los penalistas son las normas orgánicas del proceso penal y no las reglas sustantivas, respecto de las cuales se cree que corresponde al legislador invalidar. Por otra parte, es evidente que la inaplicabilidad ha sido diseñada pensando en materias civiles, comerciales o de otra índole similar, pero no en materias penales en donde se requiere de parte de la Corte pronunciarse acerca del poder de punición del Estado o desarrollar argumentaciones constitucionales acerca de los límites de este poder. Tampoco es despreciable la idea de que haya razones culturales en la formación de los abogados que influyan en la no presentación de este tipo de acciones.

3. Los fallos de Inaplicabilidad. El cuadro siguiente, muestra el número de causas falladas anualmente, desagregadas por mes en que se pronuncia la sentencia. Si se cruzan estos datos con los que arroja el gráfico de modos de término se advierte que los fuertes incrementos de fallos que se detectan en 1994 y 1996 responden a momentos en que la Corte decide archivar causas por retraso y no a un aumento del trabajo propiamente jurisdiccional (ello es particularmente notorio en julio de 1994; si tomamos en cuenta que la Corte conoce de inaplicabilidades una vez a la semana se

habrían dictado más de 25 por día, lo que es improbable). Lo que sucede, al parecer, es que la Corte advierte su retraso y la acumulación de causas sin movimiento, las que causan una mala impresión al quedar anualmente como pendientes. A partir de junio de 1994 decide ordenar su archivo. Así, entre julio de 1994 y diciembre de 1996 se “fallan” el 54% de las causas del período que cubre esta investigación, representando, en meses, solo el 37%; en cambio, el 31% del resto de las causas es resuelto en el 63% del período.

Cuadro número 3

<i>Fallados</i>	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
ENERO	1	1	2	2	3	3	48	6	3	2	2	2	75
FEBRERO	0	0	0	0	0	0	1	1					2
MARZO	0	1	1	0	3	12	63	2	3	2	1	6	94
ABRIL	0	0	5	4	2	1	11	2	2	2	1	1	31
MAYO	0	0	0	25	8	0	6	0	3	3	5	2	52
JUNIO	0	0	3	5	9	4	2	0	2	2	1	6	34
JULIO	0	2	9	2	115	5	9	2		8	6	2	160
AGOSTO	2	0	4	4	4	7	5	4	2	11	3	2	48
SEPTIEMBRE	1	1	5	28	7	3	5	3	3	3	3	3	65
OCTUBRE	0	0	1	1	7	4	13	5	4	1	5	2	43
NOVIEMBRE	0	3	2	2	7	7	7	3	4		4	3	42
DICIEMBRE	0	2	4	5	2	1	9	3	8	2	3	5	44
TOTAL	4	10	36	78	167	47	179	31	34	36	34	34	690(17)

4. Forma de término de los recursos de inaplicabilidad. El siguiente cuadro refleja el modo de término de los 698 casos de inaplicabilidad que se han fallado en el período del modelo. Es interesante advertir que casi el 45% de las causas obtienen una resolución informal de “archívese por falta de movimiento”, la que, como es evidente, no es una resolución jurisdiccional. La explicación más plausible -no la única- para este hecho reside en que, al parecer, el recurso es usado por la parte para paralizar la acción de fondo y si tal cosa no se logra, lo abandona. En este sentido, el recurso sería usado no con genuino interés constitucional sino nada más como medio dilatorio. Aunque, por otra parte, también es posible pensar que el abandono se deba a que la demora en el conocimiento y fallo de la inaplicabilidad desincentiva impulsar una causa que, perdida la suspensión del procedimiento, se estima de dudosa posibilidad de éxito.

Luego, como se ve, los fallos en que se acoge el recurso representan solo 2,29% del total y excluyendo los “archívese” el 4.13%. En cambio, la inadmisión representa el 50.3% del total de los fallos, excluidos los archívese. Las cifras que se exhiben, demuestra la dificultad de obtener un fallo favorable y la tendencia marcada de la Corte a despachar las causas de inaplicabilidad mediante resoluciones meramente procesales sin llegar al fondo del problema. En efecto, si se suman las causas de inadmisión, de archívese y las desistidas se obtiene un resultado apabullante en el sentido de la falta de fallos propiamente jurisdiccionales.

Cuadro número 4

Rechazado	103
Desistido	66

Inadmisible	195
Archívese	311
Acogido	16
No procede emitir pronunciamiento	1
Concúrrase ante quien corresponda	1
Abandono procedimiento	1
Otro	1
Sin respuesta	3
TOTAL	698

Es interesante advertir que si se cruzan los fallos acogidos (16) con la materia de que son objeto y con la jurisdicción desde la que proceden, se advierte que de los 16 recursos fallados 10 tienen que ver con el DL 2695 (impugnación al decreto que permite la regularización de la pequeña propiedad raíz) y 6 con otras materias. De los 16 casos, 13 provienen de la jurisdicción civil y en 3 de un recurso de protección (no obstante ahora está prácticamente cerrada esta vía).

5. Fallos: tipo de precepto que se impugna mediante la inaplicabilidad. El siguiente cuadro detalla la forma de término del recurso tomando en cuenta los tipos de preceptos legales contra los cuales se interpone el recurso. Se advierte bastante uniformidad en lo que se entiende por “precepto legal”, al concentrarse en leyes, decretos con fuerza de ley y decretos leyes. Ello quiere decir, en suma, que existe un acuerdo bastante amplio de impugnar la ley a través de esta vía.

Cuadro número 5

Ley	289
D.F.L.	129
Sentencia	0
Potestad Reglamentaria	7
Contrato	0
Advenimiento	0
D.L.	193
Sin clasificar	80
TOTAL	698

6. Duración promedio del recurso de inaplicabilidad: ingreso y fallo. La demora en resolver los recursos de inaplicabilidad es un factor importante que considera cualquier actor para entablarla (es un costo). El cuadro siguiente mide la demora en meses desde que el recurso ingresó en la Corte Suprema hasta el fallo definitivo de la causa -contra el cual no proceden sino recursos de perfeccionamiento formal del mismo. El resultado es el siguiente:

Cuadro número 6

Meses	Total
0 a 3	57
4 a 6	63
7 a 9	90
10 a 12	104
13 a 15	82
16 a 18	56
19 a 21	50
22 a 24	90
25 a 27	3
28 a 30	17
31 a 33	15
37 o más	13

El siguiente cuadro tiene un valor complementario porque explicita o cruza la duración con el modo de término del recurso. De ello se advierte que los acogidos los son preferentemente entre 12 y 15 meses. Asimismo, los rechazados tienen una zona más extensa de duración que va de un año a casi tres años. Los inadmisibles tienen su máxima intensidad entre uno y dos años.

Cuadro número 7. Duración de la tramitación del recurso de inaplicabilidad según la forma de término

MESES	RECHAZADO	DESI.	INDAD.	ARCHIV.	ACOG.	NO PROCE PRONUN	CONCU ANTE QUIEN CORESP.	ABAND. PROC.	OTRO	S/R	TOTAL
0 a 3	0	11	49	4	0	1	1	0	0	1	67
4 a 6	11	17	23	11	0	0	0	0	0	1	63
7 a 9	16	12	19	43	0	0	0	0	0	1	90
10 a 12	19	2	27	52	4	0	0	0	0		104
13 a 15	22	4	22	26	7	0	0	0	1		82
16 a 18	7	6	17	24	1	0	0	1	0		56
19 a 21	6	4	11	28	1	0	0	0	0		50
22 a 24	4	1	4	80	1	0	0	0	0		90
25 a 27	7	9	8	24	1	0	0	0	0		49
28 a 30	8	3	3	3	0	0	0	0	0		17
31 a 33	2	1	3	9	0	0	0	0	0		15
34 a 36	0	0	1	1	0	0	0	0	0		2
37 o más	1	1	4	6	1	0	0	0	0		13
TOTAL	103	66	195	311	16	1	1	1	1	3	698

6. Gestión del recurso: ingresos, fallos, arrastre y factores (18). Por último, para evaluar el funcionamiento del recurso es importante consolidar las cifras anteriores en un análisis de gestión. El siguiente cuadro pone en evidencia los antecedentes que hemos comentado:

Cuadro número 8

AÑOS ⁽¹⁹⁾	ATRASO (A)	INGRESOS (B)	FALLOS (C)	PENDIENTES (B-C)	DILACIÓN (A/C)	DILACIÓN ACUMULADA (B-C/C)	FACTOR DE GESTIÓN (B/C)
1989	33	27	13	14	2,74	107,7%	2,08
1990	47	26	4	22	11,75	550%	6,50
1991	69	50	10	40	6,90	400%	5,00
1992	109	184	36	148	3,03	411,1%	5,11
1993	257	67	78	-11	3,29	-14,1%	0,86
1994	246	88	167	-79	1,47	-47,3%	0,59
1995	167	106	47	53	3,55	125%	2,26
1996	226	56	179	-123	1,26	-68,7%	0,31
1997	103	47	31	16	3,4	0,52%	1,52
1998	119	49	34	15	3,5	0,44%	1,44
1999	134	28	36	8	3,7	0,22%	0,77
2000	126	27	34	7	3,7	0,05%	0,79
2001	153						

Del cuadro se puede elaborar la hipótesis de que el retraso resulta un factor importante que influye en el ritmo de trabajo (ver factor de gestión) de la Corte. El año 89 comienza el deterioro cuantitativo de su trabajo ya que de cada dos causas ingresadas una es fallada. El deterioro de la gestión se vuelve insostenible pues el 90 de cada 6,5 causas que ingresan una es fallada, el 91 fallan de cada 5 una, cuestión que vuelve a suceder en 92. A partir de ese año, la Corte incrementa su trabajo para cubrir atrasos, pero a pesar del incremento substancial de los fallos entre 1993 y 1996 (en algunos casos, como el 96, llega a ser numéricamente diez veces superior al del 89) el trabajo de la Corte es insuficiente para dar cuenta del crecimiento del atraso y de los nuevos ingresos.

Las cifras permiten, además, sugerir, según creemos, una relación estrecha entre el funcionamiento de la Inaplicabilidad en la Corte Suprema y el conocimiento de los recursos de protección. Ya hemos dicho que hasta el año 1992 la Corte ve deteriorado su nivel de trabajo, lo que podría tener relación con el incremento de las apelaciones de recursos de protección. Ello se puede ver confirmado porque al modificar el Auto Acordado sobre tramitación de la protección y disponiendo en este cuerpo normativo que la vista de la causa con alegatos es prácticamente imposibles en segundo instancia (1992), la Corte Suprema recupera en 1993 su capacidad de gestión en materia de inaplicabilidad. Desde 1992 en adelante y a excepción de 1995 todos los restantes años presentan índices de gestión relativamente mejores (el 95 es explicable por la especialización de las Salas).

Ahora bien, el aumento de la demanda relativa (de un promedio de 20 causas durante la década del ochenta a un promedio de 82.42 causas anuales) y un incremento del retraso (de cifras cercanas a los 33 recursos durante la década del ochenta hasta promedios superiores a 160 causas en la década del noventa) debiera dar traer consigo, en primer lugar, a un aumento de la productividad judicial si hay capacidad no usada o haya economías escala. Este no parece ser el caso. Los datos indican que

los fallos jurisdiccionales -excluidos los archívense- entre 1993 y 1996 se mantienen parejos (58 el 93, 43 el 94, 43 el 95 y 46 el 96). Es posible que haya otra consecuencia derivada del aumento de la demanda y del crecimiento del retraso: el deterioro de la calidad de los productos. Sobre esta variable no hemos trabajado explícitamente. Por último, puede haber otra hipótesis: es posible ante un aumento de la demanda y un crecimiento de los retrasos se incrementen las salidas alternativas. Esto último parece ser el caso. Entre 1994 y 1996 se ordena el archivo, como indicamos, de un importante número de causas (de hecho, más del 60% de las causas archivadas lo fueron en este período)

7. El dato oculto en el funcionamiento del recurso de inaplicabilidad: la suspensión del procedimiento. El siguiente cuadro cruza dos ejes o materias. Por una parte, la forma de término del recurso (rechazo, desistido, inadmisible, archívense, acogido, no procede pronunciamiento y concúrrase ante quien corresponda) y por la otra el tipo de norma que es susceptible de ser revisada de constitucionalidad. Se trata, en el primer caso, de unas modalidades de término del recurso que la práctica judicial ha ido configurando porque no hay regulación al respecto. En lo que atañe al tipo de norma susceptible, el núcleo de la práctica constitucional es relativamente clara en lo que concibe como "precepto legal".

Lo primero que resulta evidente es que muy pocas causas llegan hasta un fallo jurisdiccional, esto es, un fallo sobre el fondo del asunto de constitucionalidad debatido. Así, entre desistidos, inadmisibles, archívense y las restantes, suman 582 recursos, o sea el 83,38% de las causas que ingresan no llegan hasta una resolución jurisdiccional (aunque sea de rechazo). En el mismo sentido, el índice permite destacar el escaso porcentaje de causas que son acogidas pues solo el 2,29% de las causas tiene un resultado positivo.

Cuadro número 11

<i>Forma de término</i>	Ley	D.F.L.	P. Reglamentaria	D.L.	S/R	TOTAL
Rechazo	74	6	10	22	0	103
Desistido	33	7	2	11	131	66
Inadmisible	94	8	1	68	24	195
Achívense	81	108	3	77	42	311
Acogido	4	0	0	12	0	16
No proced. Pronuncia	0	0	0	1	0	1
Concúrrase ante quien corresp.	0	0	0	0	1	1
Abandono proceso	1	0	0	0	0	1
Otro	0	0	0	0	1	1
S/R	2	0	0	1	0	3

TOTAL	286	129	7	192	81	698
-------	-----	-----	---	-----	----	-----

Ahora bien, de los datos entregados es interesante destacar el alto número y porcentaje de causas que aparecen terminadas bajo la rubrica "archívese". Este número de archívese representa casi el 45% del total de las causas ingresadas de inaplicabilidad entre 1990 y 2001, y refleja prácticas que mueven la inaplicabilidad en nuestro sistema. Puesto que la causas en realidad, mediante esta fórmula, no terminan sino que vegetan y por razones no jurisdiccionales son enviadas a las bodegas de la Corte. Hay, entonces, un -o unos- factor oculto que provoca este verdadero abandono.

El alto número de causas terminadas como "archívese" responde, pienso, a la práctica judicial generalizada (a la luz de la cantidad) de utilizar la acción de inaplicabilidad como medio para paralizar la acción ordinaria o común. Es decir, el recurso de inaplicabilidad puede estar siendo concebido por las partes como una prolongación del conflicto suscitado en la instancia y naturalmente a través del expediente de la suspensión del procedimiento detener el curso de la acción para la cual se solicita la declaración de inaplicabilidad. El punto central que anima la interposición del recurso podría ser, entonces, impactar en el juicio o gestión y el debate de constitucionalidad queda subordinado a que se declare la suspensión del mismo o a que, extraordinariamente, la parte persiga un pronunciamiento a pesar de las adversidades procesales y el retraso. De este modo, lo que se advierte de las cifras es que como la inaplicabilidad funciona a impulso de parte -lo que es bastante absurdo, por lo demás, dado el compromiso con aspectos decisivos para el sistema jurídico y político que tiene este tipo de jurisdicción- las causas pasan años estacionadas antes de que sencillamente la Corte las archive (con ello, además, las causas en efectiva tramitación se distorsionan).

Cuadro número 12

Tipo de resolución	Suspende	No suspende	TOTAL
Rechazo	26	77	103
Desistido	8	58	66
Inadmisible	30	172	195
Archívese	3	308	311
Acogido	9	7	16
No proced. Pronun	0	1	1
Conc. ante quien. coresp.	0	1	1
Abandono	0	1	1
Otro	0	1	1
Sin resp.	1	2	3
TOTAL	77	621	698

En suma, el alto número de archívese se explica, en parte, en la denegación de la suspensión del procedimiento. En el 0,96% de las causas que se archivaron se ordenó la suspensión del procedimiento. Ello comparado con el 33,7% en caso de rechazo, 15,4% en el caso de inadmisibles y en casi el 56% de las que se acogieron tal

resolución no se dictó. Esto permite advertir pienso lo que hemos dicho: la suspensión incide en los archívese. Ahora bien, este dato demuestra que el recurso de inaplicabilidad está siendo usado para intentar paralizar la causa de fondo, a través del expediente de entablar un recurso de inaplicabilidad. Cuando ello fracasa, lo que acontece con el 88,9% de las causas, el recurso deja de tener interés para la parte que lo interpuso y como la Corte no hace nada por instar por su prosecución queda la causa en estado de continua espera (20).

Pero, además, se advierte que no hay criterios públicos que permitan con algún grado de certeza anticipar los factores jurídicos que impulsan a la Corte a resolver favorablemente una solicitud de suspensión del procedimiento. Es muy curioso que el 15.4 % de las causas que se declaran inadmisibles o el 33,7% de otras que se rechacen hayan sido suspendidas en su tramitación y que un poco menos del 50% de las causas que en definitiva se acogieron no hayan disfrutado de una providencia de “suspensión” (21). Es muy probable, pero es una intuición, que esa decisión - que es clave, por lo demás, para el objetivo de obtener un pronunciamiento y favorable - este influida por factores circunstanciales como el relator, el tribunal del que proviene, la historia propia del precepto en la jurisprudencia de la Corte y otras. Probablemente también la Corte Suprema maneja la cantidad de materias de inaplicabilidad que debe conocer y fallar por medio de este expediente, esto es, la Corte es muy posible que - consciente del papel que cumple la negativa a otorgar suspensión del procedimiento - administre el número y materias de que conoce por medio de este expediente.

8. Materias que se fallan por medio de la inaplicabilidad.

Cuadro número 13

Materias	Sentencias acogen o rechazan	Inadmisibles	Otras formas de término	Sin respuesta	Total
Ley 1769	0	3	5	0	8
Ley 19260	1	3	6	0	10
Ley 19133	2	0	9	0	11
Ley 18196	4	2	7	0	13
Ley 18525	21	0	0	0	21
Ley 18700	0	10	29	0	39
DFL 252	2	1	105	0	108
DL 2695	20	56	69	1	146
Otros (75 casos)	44	87	68	0	199
No determinado	24	34	84	2	144
TOTAL	118	195	382	3	698

Como se advierte la inaplicabilidad -desde el punto de vista de sus out put o fallos- está bastante concentrada en resolver situaciones puntuales relativas el decreto ley 2695, es más, cerca del 25% del total de los fallos tratan sobre esta materia (ya la analizaremos por separado). Ello sugiere que la inaplicabilidad no ha logrado dar una idea acabada al resto del sistema y a los jueces acerca de si este decreto cuyo objetivo es la regularización de la pequeña propiedad es o no constitucional o en qué hipótesis lo es. Del resto de las materias, interesa advertir que la impugnación de la ley 18.525 corresponde a 21 causas que ingresaron todas en el mismo día y que fueron también

todas falladas en el mismo día y por medio de una resolución idéntica donde lo único que cambia es el número de rol y el nombre de la parte. De modo que no pueden las impugnaciones a la ley 18.525 considerarse como casos diferentes. Luego hay 106 causas dirigidas a impugnar el artículo 98 del DFL 252 pero según se advierte del gráfico más del 96% de ellas terminó mediante una resolución no jurisdiccional de archívese por retraso. En los restantes casos prácticamente no hay concentración en las materias. De este modo, se puede decir con absoluto fundamento que el grueso de las impugnaciones de inaplicabilidad están dirigidas a los asuntos de propiedad que involucra el DL 2695 (22).

III. Decisiones de inaplicabilidad y práctica constitucional.

En este capítulo se revisa si las decisiones de inaplicabilidad cumplen los objetivos que toda jurisdicción constitucional debiera satisfacer en una democracia constitucional. Por lo pronto cabe afirmar que la inaplicabilidad no funciona como cualquier tipo de justicia constitucional, ya que presupone que el control y el debate constitucional son llevados hasta jueces comunes -algo que no es pacífico en la teoría contemporánea- atribuyéndoles a éstos un enorme papel en la determinación de los límites del gobierno democrático y en el contenido del constitucionalismo imperante en el régimen político.

Ahora bien, qué funciones debería cumplir la inaplicabilidad de cara a una democracia constitucional. Existen tres funciones de una jurisdicción constitucional que debería tener para configurar una práctica constitucional íntegra y coherente (que, desde otro punto de vista, constituyen razones justificatorias para tener justicia constitucional organizada y financiada por el Estado), a saber, (1) garantizar la supremacía constitucional, determinando la pertenencia de las normas inferiores a la Constitución, al ordenamiento (resuelve el problema de la validez del derecho). En esta función, en el fondo, se fija límites a la política, a las decisiones del poder legislativo. Inevitablemente para que no haya decisiones inconsistentes se requiere que las decisiones que se adopten posean continuidad y coherencia; (2) si las constituciones instituyen derechos y los derechos -por definición teórica y dogmática- constituyen un límite al poder político o a las decisiones colectivas o mayoritarias, entonces la justicia constitucional y la inaplicabilidad debieran proteger este tipo de expectativas individuales frente a las decisiones, particularmente del parlamento, de modo similar a las condiciones de generalidad de la Constitución, esto es, protegerlos con integridad y coherencia. (3) La Constitución debido a su estructura en general abierta se nos presenta como un punto de articulación entre política, moral y derecho. Si bien, la Carta constitucional presenta indeterminaciones semejantes a las del resto del derecho, estas indeterminaciones son mas frecuentes que lo habitual. A las típicas cuestiones de vaguedad y ambigüedad, se unen la presencia de conceptos esencialmente controvertidos y colisiones entre disposiciones constitucionales y el contenido eminentemente complejo de la Carta al recoger valores en su interior de diversas intensidad y extensión: derechos y obligaciones generales y especiales, fines específicos y generales, principios, y valores perfeccionistas (23). El valor y función de una Constitución para el constitucionalismo no deriva exclusivamente de ser antecedente formal de las decisiones de los jueces -a pesar de que los jueces tienden a hacernos creer que sus decisiones se basan solo en razones de autoridad. Entonces, si los jueces quieren justificar sus decisiones constitucionales, inevitablemente deberán buscar razones que vayan más allá de las puras cuestiones de validez y por ello deberán apoyarse y desentrañar o fijar el sentido de principios morales, jurídicos y también de mérito relativamente abiertos a la argumentación. Tales decisiones y argumentaciones deben formar una práctica constitucional que disminuya la complejidad social, aumente la estabilidad e incremente la unidad de todo el sistema de decisiones.

Práctica constitucional o regularidad en las decisiones de Inaplicabilidad. Cabe entonces preguntar: las decisiones de inaplicabilidad satisfacen los objetivos que

hemos proclamado en el apartado anterior. Para comenzar es necesario diferenciar entre práctica constitucional argumentativa(24) y regularidad de las decisiones de una justicia constitucional. En síntesis, la diferencia estriba en que la “regularidad” consiste en que un órgano constitucional resuelve un cierto asunto uniformemente, manteniendo una misma respuesta institucional. En cambio, la práctica se refiere a resolver todos los asuntos similares conforme a las mismas razones, y fundando las razones que apoyan una decisión. Mientras la regularidad es una repetición, la práctica es una uniformidad razonada. En este apartado, trato de saber si la Corte Suprema desarrolla los puntos 1, 2 y 3 que definimos con anterioridad, como funciones deseables de una jurisdicción constitucional, fundando o articulando una práctica en torno a los casos y no meramente con cierta regularidad o repetición de fallos.

El propósito que me he trazado no es determinar la regularidad formal de las sentencias, esto es, si habitualmente se rechazan o acogen solicitudes de inaplicación por inconstitucionalidad sobre una materia (con todo, con estos datos formales comenzamos). Ello, porque la inaplicabilidad es una técnica, como se dijo, sofisticada y argumentativa de jurisdicción constitucional ya que a través de ella se declara inaplicable -ineficacia circunstancial- una norma que se infiere interpretativamente de enunciados legales (supuestamente de modo exclusivo de los textos legales), a los efectos de una situación o caso práctico y la justificación de dicho control es que tal interpretación lesiona el aparato formal de la Constitución o los principios y valores que ésta cubre. Hemos dicho que la Constitución posee un grado importante de indeterminación que vuelve irrisorio pretender que las decisiones se infieren directamente del texto, esto es, que el texto es fuente de los razonamientos que apoyan las decisiones. De modo que cuando se le atribuye a la Corte Suprema un papel decisivo para “determinar” el texto mediante la inaplicabilidad es importante determinar, la práctica y la capacidad de producir jurisprudencia de la Corte. Para analizar esto vamos circunscribir nuestro trabajo a tres aspectos. En primer lugar, revisaremos las decisiones sobre constitucionalidad del DL 2695. Luego, en segundo lugar, vamos a analizar si la Corte desarrolla argumentativamente el principio de igualdad y por último, vamos a revisar la llamada derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida.

El cuadro 14 permite advertir porqué hemos elegido el DL 2695 para efectuar nuestro análisis. Por una parte representa el 25% de los fallos dictados durante el período y un 30% de aquellos excluidos los archívese. Por otra parte, los fallos relativos al DFL 252 más del 96% de ellos terminaron por medio de una providencia de “archívese” que no tiene ningún valor jurisdiccional. Además, los fallos relativos a la ley 18.525 -que pudiera ser otro caso digno de analizar- lo excluí porque todos los casos fueron ingresados el mismo día -por las empresas molineras bajo el mismo abogado- y fueron resueltos, también el mismo día, mediante un fallo idéntico en los 21 casos, en donde lo único que cambia es el nombre de la parte; careciendo, en consecuencia, de utilidad para nuestros propósitos.

1. Análisis de las decisiones referidas al Decreto Ley 2.695

1.1 Ingresos y fallos referidos al DL 2695. De los cuadros anteriores sobre las materias en las que inciden las decisiones de inaplicabilidad pronunciadas por la Corte Suprema en los últimos siete años se advierte que el 25% aproximadamente de las decisiones constitucionales versan sobre este DL. En 9 ocasiones lo acogió. En 6 las rechaza y en 48 casos las declara inadmisibles o sencillamente en el resto, ordena su archivo.

D.L.2695 NGRESO			D.L. 2695 FALLO		
-----------------	--	--	-----------------	--	--

	INGRESO	TOTAL		FALLO	TOTAL
	1990	7		1990	0
	1991	17		1991	1
	1992	25		1992	13
	1993	20		1993	22
	1994	14		1994	20
	1995	45		1995	11
	1996	3		1996	62
	1997	8		1997	4
	1998	5		1998(25)	
	1999	3		1999	
	2000	4		2000	
	2001	2		2001	
	TOTAL	151		TOTAL	146

1. 2. Regularidad o práctica en los fallos sobre el DL 2695. Para responder, como dijimos, a la interrogante de si la Corte Suprema mantiene alguna práctica en sus fallos de inaplicabilidad y si desarrolla los derechos fundamentales y argumenta construyendo un tramado constitucional, detallaremos la evolución de las decisiones y los fundamentos más importantes relativos al DL 2695, dejando, para las conclusiones, los comentarios más determinantes.

En la primera decisión del período 1990-1996 sobre la cuestión de la constitucionalidad del DL 2695, en el año 92 (26), se trataba de un predio de 280 hectáreas que fue regularizado por medio del DL 2695. El solicitante afirma que adquirió el predio por herencia intestada de su padre y que efectuó las inscripciones especiales de herencia. El tercero inscribió la propiedad arguyendo una posesión ficta de cinco años y luego de la regularización la vendió a un tercero, transfiriéndola por escritura pública y efectuando la nueva inscripción. Se arguye por el solicitante que el regularizador vendió más derechos que los que tenía y que hay objeto ilícito en ello. La decisión es de inadmisibilidad fundada en que, en este caso, la Corte advierte un intento de revisar la aplicación de normas que produjeron todos sus efectos y la “consiguiente anulación de las situaciones o efectos jurídicos que se originaron y consolidaron en virtud de tal aplicación”. La acción correcta sería, en realidad, de nulidad del título. El titular de la inscripción actual, además, ni siquiera es parte en el juicio de fondo. Hay voto de minoría que sostiene, en síntesis, que para procedencia del recurso de inaplicabilidad basta la solicitud y la contradicción del precepto con una norma constitucional sin que sea correcto pronunciarse sobre el fondo de la acción, lo que corresponde al juez de la instancia.

Unos meses después, la tesis de minoría parece ganar adeptos. La Corte cambia de idea y se pronuncia favorablemente sobre la contradicción normativa sin entrar al fondo de la acción entablada en primera instancia (27). Ahora desde un juicio ordinario, se solicita la nulidad de la inscripción de dominio de un predio de 0.71 hectáreas. El demandante lo adquirió por herencia, posesión efectiva e inscripción. La actual poseedora usó el DL 2695. La solicitud de inaplicación se refiere tanto al DL en general como a algunos artículos en particular (2, 4, 11, 15, 16). Las razones que la Corte tiene para acoger el recurso se refieren al tipo de contradicción normativa (DL - Constitución) y no a razones relativas al caso para el que se efectúa la solicitud. Este DL es inconstitucional porque, sostienen los Ministros, transgrede el artículo 19 número 24 incisos 1, 2, y 3, lesionando el derecho de propiedad, la reserva de ley y

expropiando sin cumplir con las exigencias que fija la Carta. Es inconstitucional porque una persona por simple posesión material, más cinco años y una resolución administrativa que la establece, “hace perder la propiedad de un bien raíz legalmente inscrito en el Conservador de Bienes Raíces”. Las normas del Código Civil relativas al dominio y la posesión, artículos 582 y sgtes y 700 y siguientes, integrarían la Constitución y ésta las garantizaría. Entre el Código Civil y el Decreto Ley 2695 no existiría una misma jerarquía normativa porque la Constitución asimilaría las normas del Código Civil (28). EL D.L. 2695 globalmente considerado transgrede la Constitución. No se divisa problema, entonces, para interponer y acoger una inconstitucionalidad contra todo el D.L. sostienen los Ministros. Como curiosidad, el fallo cita en apoyo de sus opiniones las Actas de la Subcomisión de Reforma de la Constitución de 1925. Hay, además, un extenso voto de minoría en el que se indica que, en primer lugar, la inaplicabilidad solo procede respecto de preceptos y no cuerpos legales globales; agregando, luego, que la tesis que sostiene el voto mayoritario lesiona la separación de poderes; en segundo lugar, se enfatiza que hay derogación tácita de modo que no cabría efectuar pronunciamiento alguno; y que, en tercer lugar, no cabe revisar el conflicto entre dos normas legales sino exclusivamente de una de éstas con la Constitución; por último, se sostiene que con ese fallo se atenta contra situaciones adquiridas. El DL satisface las exigencias del 19 número 24 inciso segundo pues es una ley (nada se dice respecto de si el DL es expropiante o no y si da lugar a indemnización).

Unos días después esta mayoría tiende a consolidarse y se dictan tres fallos exactamente iguales en la misma dirección (29). La inaplicabilidad se solicitó desde la oposición a una solicitud de saneamiento o regularización. Se trata de un poseedor del predio que lo adquirió en 1961. Se trata, además, de un predio de 4.800 hectáreas. El fallo acoge la acción y declara inconstitucional el DL para todas las causas. La argumentación de la Corte Suprema es exactamente igual a la anterior: el DL 2695 abroga las normas sobre posesión y dominio establecidas en el Código Civil, suprimiendo las garantías de la posesión inscrita que constituye presunción de dominio “y que es la base de la actual organización social y económica del país”. El DL permite la expropiación privando del dominio que está legalmente inscrito a favor de una persona. El DL es inconstitucional en su totalidad. Hay un voto de minoría igual al caso anterior: esto es, no cabe la acción de inaplicabilidad contra una ley global; no cabe, tampoco, cuando hay derogación tácita, y no susceptible de prosperar un recurso estimando como parte de la Constitución al Código Civil. Por último, el DL 2695 tampoco contraviene el Código Civil porque prevé que existe prescripción contra título inscrito.

Casi cinco meses después, la Corte Suprema vuelve a cambiar de criterio sobre este problema. Ahora va a declarar inadmisibile el recurso. Esta vez se trata de una acción de nulidad de la inscripción originada en un proceso de saneamiento (30). Si bien los solicitantes habían obtenido auto de posesión efectiva a su favor, no alcanzaron a inscribirlo porque ya estaba la propiedad inscrita a nombre del beneficiario. En esta ocasión, en un fallo bastante reducido la Corte esgrime, ahora como criterio mayoritario, el que no cabe la acción de inaplicabilidad contra una ley globalmente considerada. No hay ningún comentario sobre la situación fáctica ni de qué modo el caso ilumina la sentencia. Tampoco se refiere a los casos anteriores en que acogió el recurso. El mismo día, el 16.09.92 (31) esta vez ante una solicitud originada en una acción reivindicatoria, la Corte olvidando que es alentó con sus fallos la interposición de acciones contra la totalidad del DL 2695, declara que es Inadmisibile interponer el recurso de inaplicabilidad contra una ley globalmente considerada. Al final del mismo año, el 2.12.92 (32) esta vez ante una nulidad de inscripción de dominio de una propiedad en el balneario de las Cruces, la Corte lo declara Inadmisibile, sin desarrollar siquiera el argumento y calcando las palabras del fallo anterior: no cabe el recurso de inaplicabilidad contra ley globalmente impugnada.

Al comenzar 1993 (33) y ante una acción reivindicatoria, la decisión es de inadmisión, fundándola su decisión, en que la acción está mal planteada.

En el mes del abril (34) la Corte va a declarar inadmisibile la solicitud de inconstitucionalidad. Esta vez la razón no es que la Corte considera que no cabe la solicitud contra una ley globalmente considerada porque el fallo expresamente reconoce que se interpone el recurso contra algunas normas precisas y determinadas del DL 2695 - y contra él en su totalidad, también- sino que, esta vez sostiene, que el solicitante no argumentó ni fundó la inconstitucionalidad de esos artículos que impugna. Al parecer una argumentación general de inconstitucionalidad del decreto ley no era suficiente. Diez días después la Corte tiene oportunidad de confirmar su punto de vista (35). El recurso venía desde un juicio ordinario de nulidad de la inscripción. Un tercero maliciosamente sanea e inscribe la propiedad inscrita a nombre de otro. La Corte en otro escueto fallo, decide declararlo inadmisibile porque el recurso no procede contra ley globalmente considerada. Para abreviar, en las siguientes causas el fallo es el mismo (36). Unos días después en la causa 17.470 vuelve a repetir que no cabe contra una ley globalmente considerada.

Sorpresivamente un mes después, en mayo, la Corte vuelve sobre sus pasos. En efecto las siguientes seis causas fueron falladas el mismo día y todas acogiendo el recurso (37). Todos los arrendatarios regularizaron en su favor un inmueble que constaba de varios espacios o piezas donde vivían. Al parecer se aprovecharon de que la dueña había fallecido y los herederos estaban fuera del país. Se trataba de una propiedad de 133 m². La solicitud de inaplicabilidad se refiere a todo el DL y también a varios de los artículos del mismo (2, 4, 15, 16, 26 y 29). El fallo acoge todos los recursos de inaplicabilidad y la argumentación es puramente abstracta: se afirma que todas las normas del DL son inconstitucionales pero en particular las que el solicitante objeta. Estas normas abrogan las reglas sobre posesión y dominio del Código Civil, suprimiendo la garantía de la posesión inscrita que constituye presunción de dominio “y que es la base de la actual organización social y económica del país”. Luego repite todos los argumentos del caso Cardone -que ya hemos descrito- agregando, además, que esta argumentación de inconstitucionalidad alcanza a todo el DL y que no existe ningún obstáculo para que se haya solicitado y declarado la inconstitucionalidad global del DL 2695. Hay fallo de minoría que repite la argumentación contraria que ya hemos referido. Como es evidente, al acoger el recurso pusieron en duda otra teoría que la Corte esgrime habitualmente para declarar inadmisibile este tipo de causas: la idea de derechos adquiridos como resultado de una situación que las normas consolidaron (pero no se refiere a ella).

Exactamente 7 días después, la Corte vuelve a dar un giro impresionante en esta materia. Ahora, (38) y ante una solicitud -igual que la anterior- de impugnación referida tanto al Decreto Ley en su totalidad como a algunos de sus artículos, y proveniente de una acción ordinaria de nulidad de inscripción de dominio. Se trataba básicamente de un promitente comprador que por diversas causas no había, no obstante haber pagado el precio total, logrado inscribir la propiedad a su nombre. Entonces la regularizó. El anterior poseedor inscrito reclama la inconstitucionalidad del DL. El Alto Tribunal declara inadmisibile el recurso y esta vez el argumento es de aquellos que va a repetirse habitualmente. El recurso es inadmisibile porque lo que se solicita es invalidar una situación o derecho incorporado al patrimonio de una persona. El o los preceptos tuvieron su aplicación y crearon la situación para la que esas normas fueron instauradas. Si se acogiera se perdería la seguridad en los derechos. En suma, en el juicio no está en discusión la Constitución de un derecho sino los efectos o consecuencias de las que se crearon.

De aquí en adelante, desde mayo de 1993 hasta 1997, la Corte no ha vuelto a declarar que acoge una de estas inconstitucionalidades, ya sea de la totalidad o de algún precepto preciso del DL 2695. Normalmente las declara inadmisibles sin llegar a pronunciarse sobre el fondo. Incluso los “sin lugar” o los “se rechaza” son más bien escasos. Las inadmisiones se fundan en los siguientes argumentos (a los que ya hemos aludido): (1) la acción de inaplicabilidad no incide en el fondo de la causa para la cual se solicita aquel pronunciamiento por defectos en la acción, en la titularidad u otros similares (en las causas roles 16.624, 19245, 20550, 23.113, 23.923); (2) por

atentar contra derechos adquiridos e ingresados en el patrimonio (15.957, 18.981, 20.180, 18.834, 18.207, 20.038, 19.804, 19.847, 20.430, 20.360, 29.219, 21.210, 17.534, 20.208, 20.367, 20.939, 22.414, 20.025, 23.317, 23.391, 1479, 23.551); (3) tratase de una impugnación de una ley globalmente considerada o no precisa con detalle las razones de la contradicción constitucional (17.055, 18.742, 20.684, 21.926, 19.777, y 18.205). Estos fallos de inadmisión fueron dictados para situaciones o acciones muy diversas pero casi todas circunscritas a acciones reivindicatorias del dominio, oposiciones a regularizaciones en marcha y nulidades de inscripciones.

Hay muy pocos casos de rechazo hasta 1997. Justamente en uno de los últimos en los que se rechaza la acción entrando al fondo del problema la Corte vuelve a sintetizar, en fallo de mayoría, sus criterios sobre esta materia. En (rol 23.551, Maderas Prensadas Cholguan, del 26.01.96) una acción de oposición a la inscripción de dominio, se intenta el recurso de inaplicabilidad contra algunos artículos del DL 2695 (art. 1, 4, 15, y 16). El caso no tiene nada diferente a otros que se han presentado: el solicitante dice ser dueño porque era poseedor inscrito de una propiedad de 10.794 mts² y que la demandada solicitó sanear. El DL sería contrario al 19 número 24. La Corte formula, entonces, su concepción general acerca de este problema. Los argumentos son los siguientes: que el inciso segundo dice “solo la ley” y la ley es la que, a través del DL 2695, “contiene precisamente un conjunto armónico de disposiciones especiales encaminadas a regularizar o sanear el dominio de la pequeña propiedad raíz”. Que esta norma se refiere a situaciones especiales a las que no cabe aplicar la teoría de la posesión inscrita (según la cual, la inscripción es prueba, requisito y garantía de la posesión, según fluye de los artículos 686, 696, 702, 724, 728 y 730 del Código Civil). Teoría que no tiene rango constitucional. Que según el DL 2695, el que adquiere tiene posesión regular y adquiere por prescripción adquisitiva, “no constituye obstáculo la circunstancia de que existan inscripciones anteriores sobre el mismo inmueble”. Esta modalidad de adquirir el dominio de ciertos bienes raíces resulta acorde con lo propuesto en el artículo 19 número 24 inciso segundo, “en cuanto por dicha norma se entrega a la ley el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad de los bienes corporales e incorporeales, de lo que se sigue que su aplicación no puede llegar a constituir una forma de despojo o privación del dominio”, sino por el contrario plenamente en “armonía” con la Constitución y la normativa legal.

Desde 1997 hasta la fecha la situación no varía mucho. El 4 de julio de 1997 (39), la Corte Suprema va declarar inadmisibles el recurso de inaplicabilidad intentado para un juicio reivindicatorio, solicitada por el poseedor inscrito anterior de un predio de 572 hectáreas. Señala que los artículos 15 y 16 del DL 2695 violentan el derecho de propiedad constitucional, artículo 19 número 24. Al desechar el recurso la Corte dirá que no corresponde por este medio atentar contra situaciones consolidadas pues “se perdería toda seguridad en el derecho si en cualquier gestión (...) se pudiera solicitar la inaplicabilidad, lo que conduciría a dejar al titular en la indefensión y sin protección alguna, no obstante su derecho fue válidamente incorporado a su patrimonio” (c. 6). La inscripción es de 1986 (40).

Unos meses después, en noviembre del mismo año (41), la Corte Suprema ante la solicitud de inaplicar diversos artículos del DL 2695 por oponerse al artículo 19 número 24, en un juicio reivindicatorio de una propiedad de 6,3 hectáreas, lo rechazará. La Corte, entrando al fondo, sostendrá su posición de que el DL 2695 no lesiona, en abstracto, la constitución pues es una ley que prevé un procedimiento para regularizar la propiedad raíz, ante situaciones especiales. Que no afecta la constitución porque se refiere a otras situaciones diversas del derecho común y que tampoco se aparta muchos del régimen del Código Civil pues prevé que mediante una resolución administrativa se inscribirá la posesión a nombre del nuevo poseedor el que adquirirá la propiedad o dominio por prescripción de 1 año (42).

En el año 98, específicamente el 4 de septiembre, la Corte va a decidir sobre tres casos en que se impugna el DL 2695 referidos al mismo tema. En uno de los casos se reivindica una propiedad cuya “regularización” se había efectuado en 1991, habiéndose cumplido con creces el plazo de un año que el propio DL fija para que el poseedor adquiera por prescripción. En dos casos interpuestos por una Cooperativa de San Fernando intenta reivindicar un predio de 157 hectáreas, cuya inscripción se produjo en 1989 (43). En los tres casos los solicitantes habían fundado sus recursos en la contradicción entre el DL y el derecho fundamental a la propiedad, consagrado en el artículo 19 número 24. En todos ellos, comparecieron los titulares actuales de inscripciones oponiéndose y el Fiscal sostuvo que debían ser rechazados los recursos. Al declarar inadmisibles los recursos La Corte sostendrá que una declaración de esta especie para el juicio en que se solicita importa atentar contra situaciones consolidadas. Sólo cabe el recurso de inaplicabilidad “siempre que la aplicación de ese precepto se enderece a establecer o crear la situación en el prevista; no será acertada tal declaración “cuando se refiera no a la aplicación del precepto para efectos constitutivos, sino para desconocer las consecuencias de un estado o derecho ya conformado o adquirido en virtud de una disposición legal en pugna”. Ello siempre que presumamos que la norma es constitucional, porque de otro modo la Corte está validando los efectos de una norma que contradice la Constitución. Si fuese así entonces cabría rechazar todos los recursos, lo que no es su práctica.

El año 99 va a dictar dos sentencias. Pero una de ellas tiene especial importancia para nuestra investigación ya que la Corte va a acoger el recurso. Será muy importante ver sus fundamentos. Pero, con todo, el año se inicia con una causa proveniente del juzgado de Ovalle en un juicio de reivindicación (44). La Corte lo va a declarar inadmisile el recurso porque no se puede inaplicar una ley “globalmente consolidada”. A pesar de que el solicitante especifica que su demanda abarca a los artículos 1, 4, 11, 12, 15, 16, y 28 del DL 2695 pero omite referirse al modo en que los preceptos afecta o lesionan el derecho fundamental a la propiedad. El fallo es unánime.

Sin duda el caso interesante esta caratulado Le Moal Muller, Francois y otra, y solicita declarar inaplicable los artículos 2, 15 y 16 del DL 2695 para un juicio reivindicatorio (45). Según la sentencia, la solicitante era dueña de varias parcelas en La Reina las que fueron inscritas mediante el procedimiento previsto en el DL 2695 por unos individuos que eran corredores de propiedades, arguyendo “instrumentos públicos y privados falsificados y contratos simulados”. Agrega que el solicitante dentro del año que prevé el DL alcanzó darse cuenta y presentó medidas prejudiciales precautorias para impedir la salida del bien del patrimonio de los demandados de reivindicación, las que no alcanzaron a estar inscritas antes del término de un año. También interpuso querrela criminal, estando vigentes autos de procesamiento por el delito de saneamiento fraudulento, usurpación no violenta, falsificación de instrumentos y otros respecto de estas personas. Los aludidos se hicieron parte solicitando el rechazo del recurso y fundándose en que la materia es propia de derogación tácita que debe resolver el juez de la instancia; en subsidio, señalaron, no hay contradicción entre el artículo 19 número 24 y el DL 2695. El Fiscal informará que no existe contradicción entre ambos estatutos y que por ello debe rechazarse el recurso. La Corte va a acoger el recurso, primero que nada, rechazando el argumento de la derogación tácita e insistiendo en que si los jueces de la instancia tienen atribuciones para ello, con mayor razón las tiene la Corte Suprema. Agregará que no hay, además, discontinuidad entre las normas que regulan la propiedad en el Acta número 3 y la Constitución de 1980 (el argumento pareciera decir que si confrontaran el DL 2695 con el Acta sería también inconstitucional). “Cabe tener presente también que, como se ha expresado, el DL 2695 fue promulgado en 1979 DURANTE LA VIGENCIA DE LA CARTA POLÍTICA DE 1925 (sic) que regulaba la garantía del derecho de propiedad en los mismos términos que fueron mantenidos más tarde por el Acta Constitucional N° 3 de 1976”, explicó la Corte. No necesitamos ser muy agudos para alarmarnos de que la Corte Suprema crea, en 1999, que entre 1973 y 1979 estaba vigente la constitución de 1925. Ello implica el desconocimiento de cuestiones básicas de derecho. Ciertamente,

lo que quedaba de la Carta de 1925, no era una Constitución a lo más un programa formal de reglas supeditado a la voluntad del régimen de la época. Después de entrar a considerar que las medidas precautorias fueron “notificadas” antes del vencimiento del plazo de un año, salvo en un caso que se notificó personalmente después de vencido ese año pero a cuyo respecto se había iniciado la querrela criminal, entra a considerar -con el voto en contra de Ricardo Gálvez- si la interposición de esta acción ha interrumpido la prescripción de un año que prevé el DL. Luego de concluir que las demandas de prejudiciales precautorias tienen la virtud de interrumpir la prescripción pues deben ser consideradas demandas, para efectos del derecho común, entra al fondo del tema arguyendo dos cosas (1) dichas normas “abrogan” las normas sobre posesión y dominio establecidas en el derecho común, “destruyendo la garantía de la posesión inscrita que es presunción de dominio y que son la base de la actual organización económica y social del país” y (2) contravienen la disposición constitucional contenida en el artículo 19 número 24 porque privan del dominio sobre un inmueble inscrito al titular del derecho, confiriéndoselo sin expropiación previa a un tercero, no obstante el titular ha tenido su posesión durante cinco años. Además la Corte señala que el DL 2695 como una ley globalmente considerada es inconstitucional (considerando 18°) Hubo varios Ministros que suscribieron el voto de minoría que, en síntesis, sostiene que el DL 2695 es una ley que regula un modo especial de inscribir la propiedad y adquirir por prescripción para situaciones especiales y que, por ello, no es inconstitucional (46).

No cabe duda que el fallo es sorprendente no sólo porque acoge un recurso de inaplicabilidad en 6 años, sino porque la argumentación está formulada de un modo equívocamente abstracto, con valor general. La Corte señala que el DL violenta individual y globalmente el derecho fundamental a la propiedad. Ahora bien, si La Corte considera que el DL 2695 globalmente es inconstitucional, no puede aceptar la tesis de la situación consolidada para recursos en que se reivindica la propiedad después del año de prescripción que el propio DL contempla. No puede decirse que el DL es inconstitucional globalmente y que el nuevo adquirente de la propiedad legítimamente ha adquirido basándose en una prescripción de cortísimo tiempo, haciendo extinguir el dominio y privando a su titular de la inscripción que lo ampara. Las normas de este DL o son abstractamente inconstitucionales o lo son de modo concreto, en cuyo caso la corte debiera explicar con profundidad porqué en ese caso y no en otro esa norma viola o no la Carta.

Con posterioridad a este caso, la Corte va a volver a sus argumentos históricos. Exactamente tres meses después del fallo Le Moal, la Corte va a declarar inadmisibles el recurso de quien pretende se declaren inaplicables diversos artículos del DL 2695 a un juicio reivindicatorio que inició contra quien en 1980 había inscrito la propiedad a su favor por medio de este decreto ley (47). La Corte diría que los “preceptos legales impugnados tuvieron plena aplicación y crearon la situación que el legislador previó” (considerando 4) (48). El voto de minoría(49) insistirá en entrar al fondo del asunto, advirtiendo que son los jueces de fondo los llamados a pronunciarse “sobre los hechos de la controversia y aspectos de derecho por lo que dichos supuestos son ajenos a la decisión del recurso”.

En enero de 2000 (50), para una oposición al saneamiento, la Corte va a retroceder sobre sus pasos, rechazando un recurso presentado por quien se oponía a una solicitud de saneamiento fundada en el DL 2695. El demandante tenía el dominio conforme al derecho común por más de 18 años. En este caso la Corte va a rechazar el recurso porque, también en abstracto, el DL 2695 se trata de una ley especial que regula situaciones de esa clase, permitiendo inscribir la propiedad a quien se encuentra en los casos que indica, para luego adquirir el dominio por prescripción. Agrega que el DL no es inconstitucional pues prevé una modo de adquirir el dominio mediante una ley que no es contradictoria con el Código Civil pues éste prevé una prescripción de “cinco años” y el DL de “un año” (51). El problema de la pérdida del dominio sin indemnización o de la constitucionalidad de las facultades que el DL lo otorga a la autoridad administrativa en este caso o del cumplimiento de las normas

del debido proceso, no son materias que aborde la sentencia, las dos últimas probablemente porque no se las han solicitado. En el mismo sentido, el Alto Tribunal va a declarar inadmisibles otros recursos porque no se pormenoriza la inconstitucionalidad de cada una de las normas que se solicita inaplicar (52). En Octubre del 2001, en una solicitud de reivindicación, dirá que no puede alterarse una situación ya consolidada (53). En septiembre de 2001 rechazará otro recurso en el que se solicitaba inaplicar normas específicas del DL para un juicio ordinario de nulidad de derecho público (54). La Corte va a rechazar fundándose en que acogerlo sería alterar una situación adquirida y ya consolidada. En marzo del 2002 (55), la Corte volverá a entrar al fondo de un recurso para rechazar una solicitud de inaplicar preceptos legales puntuales porque, como ya señalamos, el DL es un cuerpo legal que regula situaciones especiales. No es inconstitucional porque una ley prevé una forma de regularizar la propiedad, permitiendo que la inscriban a favor de un nuevo titular y permitiéndole a éste adquirir el dominio por prescripción, tal como sucede con el derecho común.

En síntesis, de lo anterior cabe colegir lo siguiente para nuestra investigación:

1. Resulta claro, de lo expresado hasta aquí, que la Corte no ha tenido a propósito de situaciones subjetivas o casos concretos semejantes o prácticamente idénticos razonamientos, criterios interpretativos y decisiones constitucionales similares. Desde acciones reivindicatorias, oposiciones a inscripciones -esto es desde situaciones que no están consolidadas ni pueden generar “derechos adquiridos”- acciones de nulidad de inscripción y otras la Corte ha tenido decisiones contradictorias, pero además, razonamientos incongruentes -como queda gráfico. Tal ambigüedad confunde a los actores o solicitantes, sin lograr definir una práctica constitucional que los actores deban seguir. Decisiones contradictorias alientan, además, la percepción de que según factores aleatorios se puede obtener una decisión de inconstitucionalidad, enviando una decisión perversa a todo el sistema. La Corte, como se ve, extravía su rol como órgano de jurisdicción constitucional ya que no ha resuelto con coherencia e integridad el problema de la constitucionalidad del DL 2695. Vale decir, la Corte no logra arribar a una práctica constitucional sólida que oriente a los tribunales y actores acerca de cómo debe entenderse y aplicarse el derecho de propiedad.
2. El razonamiento de la Corte es en muchos casos bastante ambiguo y se presta para confusiones. En 1999° acogió un caso de quien reivindicaba y se opuso a la inscripción de quien utilizaba el DL dentro del año que prevé la ley para que el nuevo poseedor inscrito adquiriera por prescripción. Sin embargo, el razonamiento de la Corte Suprema para acoger es que el DL es inconstitucional pues las instituciones que crea para regularizar la propiedad raíz son inconstitucionales en abstracto. Si la tesis es que el DL es inconstitucional en su totalidad, entonces debiera aplicarse a todas esas situaciones subjetivas -al menos- que han sido resueltas apelando a que el DL produjo sus efectos y que la situación está consolidada. Como dice en un fallo de 3 de diciembre de 1999 -tres meses después de acoger- se produjeron los efectos previstos por el legislador”. Resulta contradictorio sostener que en estos casos desechados por afectar situaciones adquiridas ese DL calificado de inconstitucional en otro fallo, ahora ha producido todos sus efectos y por ello debe rechazarse el recurso.
3. Si la razón para rechazar o acoger el recurso es puramente abstracta no es la Corte Suprema el órgano más adecuado para formular estas decisiones constitucionales por diversas razones, pero

fundamentalmente, porque no demuestra reflexionar sobre todo el espectro de razones o interpretaciones que desde la doctrina, fallos anteriores, finalidades sociales y políticas que cubre el DL 2695, se han elaborado ya sea para afirmar que es o no inconstitucional este estatuto que regulariza la pequeña -y a veces no tan pequeña- propiedad raíz. De este modo, sus decisiones no uniforman una interpretación coherente del derecho de propiedad constitucional y no genera pautas o directrices que los restantes órganos puedan seguir.

2. Análisis del principio constitucional de igualdad. El principio constitucional de igualdad es uno de los derechos fundamentales a los que más se recurre para solicitar la declaración de inaplicabilidad, después de los alegatos de propiedad. En lo que sigue intentaremos, nuevamente, averiguar si la Corte frente a las alegaciones de igualdad se comporta como una jurisdicción constitucional -en el sentido que hemos sostenido- esto es, si aborda problemas de jerarquía normativa, si tutela derechos subjetivo constitucionales y si desarrolla argumentativamente la Carta creando una práctica constitucional.

Debo precisar que todos estos casos apuntan a reclamar de la Corte Suprema una definición acerca de la igualdad “en” la ley. No se trata aquí de revisar la igual aplicación que la administración y la judicatura hacen de ella, sino, determinar si los criterios, principios o valores utilizados por el legislador para diferenciar situaciones y personas responden al deber de tratar, en palabras de Dworkin, a los individuos con igual consideración y respeto. En este punto, se le pide a la Corte, entonces, que argumente y defina criterios -*tertium comparationis*, los llama Calsamiglia- que le den sentido a ciertas prohibiciones constitucionales (“Ni la ley (...) podrán establecer diferencias arbitrarias, por ejemplo), que evalúen los criterios utilizados en las leyes y que precisen cuáles carecen de sustento constitucional (vgr. El trato diferenciado a hijos naturales y legítimos). Este es justamente el papel que se reclama de una jurisdicción constitucional.

Todo comenzó en septiembre pero de 1990, el 24, día en que se produce el primer fallo, del período que nos interesa, donde se argumenta la igualdad (rol 27.640, 24.09.90, Contreras V., Manuel y otros por secuestro agravado). En dicha causa, Se solicitó inaplicar el artículo primero del DL 2191, norma que instituye entre nosotros la amnistía para los delitos cometidos durante el período 1973-1978, con una excepción contemplada en el artículo 4°. En esta ocasión -porque después habrá otra impugnación por infracción al mismo derecho o principio- sostuvo el abogado Insunza Bascuñán que el DL 2191 es inconstitucional, en primer lugar, porque concede amnistía a las personas con prescindencia del delito de que se trata; en segundo lugar, porque eliminó la esencia penal de los delitos de modo general y abstracto y establece una norma particular en beneficio de una determinada delincuencia, en tanto mantiene el castigo penal para aquellos que a la fecha estaban condenados o procesados; en tercer lugar, suprime la garantía penal de la vida, la libertad personal y la seguridad individual (56). En lo que atañe a la igualdad, el DL 2191 lesionaría el artículo 19 número 2 inciso final porque “sólo favorece a una categoría de delincuentes y mantiene el castigo para los demás”. En el considerando 17 la Corte Suprema desarrolla la argumentación encaminada a rechazar la solicitud. La amnistía, sostiene, “tal como está construida no tiene carácter personal ni particular pues se refiere de modo general e igual en relación a los hechos punibles en que hubieren incurrido sus autores, cómplices y encubridores, en el período que comprende, siempre que no estén sometidos a procesos o condenados. La generalidad es un principio inherente a todo este tipo de leyes. “Apareciendo pues que la amnistía de que se trata, establece de un modo general, para situaciones iguales y en condiciones también iguales, sin que importe menoscabo alguno las limitaciones también generales que imponen para acceder al beneficio, por circunstancias de carácter procesal o en relación con determinada delincuencia, debe concluirse que el precepto impugnado no vulnera la garantía de la igualdad ante la ley ni establece diferencias arbitrarias.” Aquí la Corte sostuvo, en síntesis, la idea de que el legislador

satisface la exigencia de igualdad contemplada en el artículo 19 número 2 toda vez que no hace diferencias con nombre propio sino que las diferencias se efectúan de modo general, para situaciones generales y personas puestas en situaciones también generales. Se trata de la idea de tratar a aquellos que se encuentran en situaciones semejantes como iguales. Con todo la Corte no determina los criterios para considerar lo semejante o lo diferente ni menos cuál sería la regla para unos y otros casos.

Algunos meses después, (rol 20.300, del 26.06.91 presentada por la Asociación Gremial de Impresores de Chile) se impugnó el artículo 7° transitorio del DL 2758, los artículos 37 y 38 del DL 2759 y el artículo 13 de la ley 18.018. Estas normas, de modo general prevén el destino de los fondos de cotizaciones formados por aportes de varios empleadores de diversas empresas y que beneficiarían a trabajadores que laboran en distintas empresas, instituidos mediante convenios colectivos, deben constituirse obteniendo personalidad jurídica dentro de un plazo sino se extinguirían. En este caso el fondo no se constituyó legalmente. Un empleador demandó la devolución de estos recursos. Ahí se concluyó que esta norma no transgrede la igualdad porque “no se refieren a grupos determinados, sino que “constituyen cánones dictados en general, sin individualizar ni especificar a nadie para ser aplicados a todas aquellos entes a quienes correspondiera su aplicación por configurarse a su respecto las condiciones de hecho señaladas en la ley”(considerando 8°).”“Tales preceptos no contienen diferencias para eximir de su aplicación a grupos determinados ni tampoco para extenderlas en perjuicio de otros”. Se trata, como es evidente de una manifestación de la idea de la igualdad como generalidad y la no diferenciación. La ley satisfaría las exigencias de igualdad si no hace diferencias por nombre propio y trata a todos por igual atendida las circunstancias en que se encuentran.

En la siguiente causa, unos días después, la Corte debió resolver una solicitud de inaplicación más compleja (rol 16.227, del 12.07.91, Mardones Mora, Pedro Antonio). Se solicita la inaplicación del artículo 98 del DFL 252 de 1960 porque afecta la igualdad, en el sentido que dicha norma diferencia y discrimina entre los deudores hipotecarios. En efecto, dicha norma prevé que bajo ciertas condiciones de insolvencia los jueces pueden decretar -a petición del banco- el remate de la propiedad o su entrega en prenda pretoria, ante lo cual el deudor tiene determinadas excepciones que puede hacer valer (pago, prescripción, no empecer el título). Se sostiene que es una diferencia arbitraria que estos deudores solo puedan oponer ante la ejecución tres excepciones bastante precisas ante el acreedor hipotecario y el deudor común, en cambio, puede interponer todas las excepciones indicadas en el CPC; se alegan, además, una serie de otras restricciones. Estas normas diferencian entre unos y otros. Que a la inversa también se discrimina entre acreedores hipotecarios bancarios y los no bancarios pues se ven enfrentados a excepciones diferentes. La Corte para rechazar el recurso afirma que por diferencia arbitraria debe entenderse “toda diferencia o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar leyes que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias”. El artículo 98 solo ha creado “un procedimiento distinto para situaciones diversas que se generan en el ámbito del derecho, así como en otras disciplinas como la economía, campo este último, en donde el legislador ha dictado normas especiales como ocurre con la prenda”. Todo lo cual el legislador ha hecho y ha “podido constitucionalmente hacer como respuesta precisamente a determinadas exigencias sociales que han hecho necesaria la limitación de las defensas del deudor, en este caso en el procedimiento de la ley general de bancos, en beneficio de intereses superiores de carácter general, como quiera que tales instituciones manejan efectivamente dineros del público cuya preservación es deber del legislador y del estado como garante del bien común” (considerando 2°). Lo que la Constitución prohíbe son las discriminaciones arbitrarias, no las discriminaciones, “las que están admitidas cuando, como en este caso, están dispuestas para la salvaguarda y protección de bienes jurídicos superiores. Se rechaza. Como se ve, en este caso la Corte mezcla diversos tipos de argumentos. Por

una parte, concibe nuevamente que la igualdad supone tratar a los iguales como iguales en atención a las circunstancias fácticas en que se encuentran. En este caso los diversos deudores justifican un trato diverso porque las situaciones son diversas (este enfoque de la igualdad es irrelevante, porque, como es obvio, tanto las personas como las situaciones son siempre diferentes según sea el aspecto relevante que se tome en cuenta). Por la otra, concibe que el trato discriminatorio -porque parece reconocer que lo hay- está justificado por proteger bienes jurídicos superiores”. En este caso, como se advierte, no está claro por qué los derechos de un ciudadano deberían ceder ante bienes jurídicos superiores ni tampoco cuáles serían éstos. Tampoco se aclara por qué las razones a favor del trato más beneficioso a los acreedores hipotecarios bancarios del artículo 98 de la Ley de Bancos -y perjudicial para los deudores bancarios hipotecarios- no se extiende también a los acreedores bancarios en otras situaciones jurídicas y por consiguiente porqué el trato diferente a estos deudores no importa una discriminación con otros deudores bancarios en otras circunstancias, sobre todo si el argumento es que las diferencias que contempla el legislador en contra de deudores y acreedores del artículo 98, ya indicado, se justifican para la protección de bienes jurídicos superiores.

El mismo día, la Corte tomó una decisión idéntica sobre, del 26.07.91, causa de Ochseinus Vargas, Jorge, al impugnarse también el artículo 98 del DFL 252 de 1960. También se rechazó y por los mismos fundamentos.

Tuvieron que pasar casi dos años para que la Corte, también rechazando una causa, volviera a pronunciarse con alguna profundidad sobre el principio o derecho constitucional a la igualdad. (rol 17.058, del 25.06.93, de la Corporación Metodista). Mediante esta causa se impugnaban los artículos 53 y 53 bis de la ley indígena, ante un juicio de reivindicación que inició un indígena en contra de dicha Corporación religiosa. Se sostuvo que transgreden los artículos 19 número 2, 3 y 24. La Corporación es dueña de un predio donde hay un retazo de terreno de 84,60 hectáreas que es reivindicado esgrimiendo una merced de tierras, y en contra de la inscripción de la entidad religiosa. El solicitante reclamó que tales normas, establecen que aquel que sea ciudadano chileno y tenga características de mapuche o indígena puede hacer uso de esta ley especial -los restantes no- en contra de cualquier persona llevándole a juicio especial, en única instancia, y con antecedentes e informes del servicio demandante. Agrega, además, en lo que concierne a la igualdad, que el demandado no indígena se encuentra limitado en la defensa de sus derechos por el 53 bis que hace prevalecer el título de merced sobre cualquier otro, creando una situación especial privilegiada al invocar el demandante indígena una supuesta controversia sobre el título. El fallo de la Corte resultará sorprendente. Primero refiere que con la igualdad se quiere acentuar como principio de fundamental importancia que ninguna autoridad puede imponer requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias. Segundo, lo que se pretende con el derecho o la igualdad ante la ley, es que ante el derecho todas las personas tengan en razón de su situación de raza, sexo, estirpe, condición u otras, un mismo trato. Tercero, que así entendido este derecho resulta “fácil” de decir que las normas contenidas en los artículos 53 y 53 bis, ambas mencionadas, no son inconstitucionales porque los indígenas, en los casos señalados en estos preceptos tienen el mismo trato y se encuentran en iguales condiciones con los integrantes de la corporación Metodista que figura como demandada en juicio reivindicativo “(...) y ningún acto discriminatorio se efectúa en aplicar los referidos artículos, pues es evidente que la dictación de éstas tuvo como único propósito la protección de ciertas categorías de personas para resguardar su debilidad social, cultural y económica frente a otros estamentos de la sociedad chilena que no se encuentran en las mismas condiciones, como lo son los indígenas del país” (tampoco transgrede el 19 número 3 porque incorpora el principio de bilateralidad de la audiencia). Como se advierte, nuevamente esgrime la Corte su planteamiento acerca de que la igualdad debe entenderse como tratar a las personas que se encuentran en iguales circunstancias de modo igualitario -ya hemos dicho que esta forma de pensar la igualdad es irrelevante- pero luego esgrimen dicha situación para legitimar la discriminación positiva a favor de aquellos que se encuentran en una situación de

debilidad social, cultural y económica. No hay argumentación dirigida a probar si la discriminación positiva está constitucionalmente autorizada ni si los criterios de discriminación procesal son legítimos. Lo curioso es que la Corte cree que la discriminación positiva que ventea en su fallo está acorde con el principio de tratar a los iguales como iguales y no, con aquel de tratar de modo desigual a la personas para alcanzar objetivos globales de equidad e igualdad en el futuro.

Algún tiempo después (rol 19.407, interpuesta por Arriagada Nova, Cecilia, de fecha 17 de diciembre de 1993) se impugna el artículo 8 del DFL 178 de 1981, norma que impide a los funcionarios de la tesorería general de la República -fundamentalmente a los abogados- el ejercicio libre de la profesión, otra actividad remunerada, expedir informes de su especialidad, ocupar cargos en entidades que persiguen fines de lucro y revelar el contenido de los informes. Estas normas transgredían el artículo 19 número 2, porque los empleados públicos están sujetos a normas generales o reglas particulares que no incurren en tales exigencias, haciéndose, en consecuencia, una diferencia entre el trato dado a unos funcionarios del prescrito para otros. La Corte concibe la Igualdad ante la ley como que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben reconocer privilegios ni imponer obligaciones a uno que no benefician o gravan a otros que se hallan en condiciones similares. Ello no importa una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo, y por consiguiente la igualdad supone una distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición” (considerando 26)”. “Las distinciones están permitidas “siempre que no sean arbitrarias ni respondan a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o importe un indebido favor a privilegio personal o de grupo”. El considerando 27 cita jurisprudencia anterior del mismo tribunal diciendo que se ha fallado que la igualdad admite (1) tratamiento legislativo diferenciado sin discriminaciones; (2) No impide que para circunstancias especiales y para ciertas personas se otorguen tratamientos diferentes siempre que aquéllos se encuentren en situaciones jurídicas distintas; (3) siempre que éste tratamiento diverso sea general, no aparezca que se haya dictado para favorecer o perjudicar a una persona determinada; (4) las personas que se encuentran en iguales condiciones deben ser tratadas como iguales. Como se ve, nuevamente la Corte sostiene su argumento en orden a que la igualdad en la ley consiste que éste no haga diferencias entre personas que se encuentran en situaciones iguales. Ello legitima prácticamente cualquier diferencia de trato que el legislador introduzca puesto que todas ellas están referidas, en última instancia, a un factor descriptivo sea de las circunstancias fácticas o de la persona. La Corte no explica por qué esas circunstancias

En otro de los fallos referidos a la igualdad (rol 30.114, del 04.06.94, Espinoza Bravo, Pedro), se aborda nuevamente el cuestionamiento constitucional del DL 2191, esta vez, específicamente, el artículo 4 de dicha norma. La acción es entablada por aquellos que fueron procesados y condenados en la investigación que se llevaba a cabo como consecuencia de dicha regla. Esta norma al excepcionar el llamado “caso Letelier” incurriría, se afirma, en un trato discriminatorio con respecto a todos aquellos que se beneficiaron con la aplicación de la amnistía. Se cree que esta norma establece una excepción arbitraria. La Corte sostiene, básicamente, que la amnistía es por esencia excepcional porque constituye una facultad que se concede al legislador para extinguir la responsabilidad penal o para eliminar en todo o parte una pena impuesta por el delito. Es una excepción porque es una renuncia al ejercicio del ius puniendi. Además, esta diferenciación no lesiona la igualdad porque (1) El 19 número 2 no garantiza una igualdad absoluta, pues se acepta que haya discriminaciones con tal de que no sean arbitrarias, (2) En las actas quedó establecido que era un tratamiento igualitario aquel que no diferenciaba; 8-) luego define arbitrario tomando como referencia la Real Academia, como si se procede con arbitrariedad y se define arbitrariedad como “un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”. El asesinato de Letelier sería el caso porque (1) los hechos de que da cuenta se tratan de un homicidio tremendo; 2) además, un homicidio perpetrado fuera del

país; (3) el que ha causado conmoción social e internacional por la forma en que se ha producido y por las personas involucradas. Todo ello conduce al rechazo del recurso. En este caso, la Corte vuelve a sostener su idea del derecho de igualdad circunscribiéndolo a la idea de tratar a quienes se encuentran en situaciones diferentes de modo diverso, aspecto que se cumpliría plenamente en el caso Letelier porque éste es diferente a todos los casos que fueron amnistiados y además, las diferencias que se hacen entre un caso y los otros -los amnistiados- se encuentra justificado en la gravedad e impacto que tuvo dicho asesinato.

En 1999 la Corte debió resolver la interesante cuestión de si lesiona el principio de igualdad el artículo 28 de la ley 18.695 sobre municipalidades (rol 4257-97 caratulado Noemí Hauck Luis y otros), la que determina que los bienes municipales y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente son inembargables. La solicitud provenía de unos funcionarios del consultorio municipal que ganaron al gobierno local un juicio laboral, pero al momento de ejecutar la sentencia el juzgado no dio lugar al embargo para el cumplimiento. La Corte al rechazar el recurso por no lesionar la igualdad tendrá en cuenta (1) que la igualdad debe ser entendida no estrictamente -pues la carta no prohíbe las diferencias- sino que prohíbe aquellas fundadas en atributos de carácter particular; (2) que la ley al establecer la diferencia lo que hace es ser consistente con la idea, también legal, de que las municipalidades deben atender necesidades públicas permanente y continuamente (criterio legal y no constitucional) y que podrían quedar muchas necesidades si satisfacción si se permitiera la embargabilidad, lo mismo acontece con la prohibición de declararse en huelga (un detalle, esta es una prohibición constitucional); 3) que este parece ser un beneficio de la comunidad. El mismo año, rol 2189-98 caratulado Tapia Fallk, Julio Gustavo) la Corte debió resolver la inconstitucionalidad de la derogación de la reajustabilidad de las pensiones mediante “perseguidora” (ley 18.413). Dichas normas substituyeron el régimen automático de reajustabilidad por uno basado en el IPC y previeron un “calendario” acumulado de reajuste (que puede demorar en cumplirse si la inflación se controla). La inconstitucionalidad fue alegada sobre la base de que existe en este caso una discriminación entre quien trabaja activamente y el jubilado y porque dichas normas al sustituir la reajustabilidad automática por una basada en el índice de precios al consumidor (amén de fijar un sistema para el cálculo que se verifica cuando se cumplen ciertos índices acumulados) importa una seria discriminación en contra de quienes han ahorrado previsionalmente. Al rechazar el recurso la Corte dirá que “la igualdad consiste en que las normas legales deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios” (considerando 5) para concluir que “los textos legales transcritos (los impugnados)” no han “creado entre semejantes diferencia alguna y además porque son aplicables a todas las pensiones de regímenes previsionales de la Caja de Previsión...(...)” (considerando 6°).

Una situación similar ha debido resolver la Corte en materias previsionales (rol 3494-99 caratulado Gaete Quezada, Miguel Angel) esta vez referidas a los límites a que están sometidas, por ley, algunas pensiones. La Corte, formalmente, rechazara la inaplicabilidad y sobre el argumento de igualdad dirá nuevamente que no se ha creado diferencia alguna “entre semejantes” y porque “son aplicables a todas las pensiones de jubilación otorgada por las Caja de Previsión del Banco del Estado de Chile”. Otro caso muy parecido a los ya comentados es el de la impugnación a las normas legales (ley 10.383) que prevén que son inembargables los bienes del Servicio de Seguro Social y del Servicio Nacional de Salud destinados al funcionamiento de sus servicios administrativos y médicos y que confieren privilegio de pobreza a su favor (rol 4865-2000, caratulado Ochsenius Vargas Jorge). Si bien el recurso no resulta muy claro, la Corte rechazará el capítulo de igualdad volviendo a insistir en que la Constitución no prohíbe sino las diferencias arbitrarias y que estas se dan cuando se establecen discriminaciones se hacen con nombre propio. Aplicará esta interpretación de la igualdad insistiendo en que “en los textos legales transcritos no se ha creado entre semejantes -Servicios de Salud creados por el decreto 2763 de 1978- diferencia alguna”, el solicitante había fundado la igualdad con el sector privado de salud que

debe responder con todo su patrimonio al cumplimiento de las resoluciones judiciales de pago. Un caso interesante es el de una solicitante que impugna la ley 19.593 por congelar temporalmente el parque de taxis por el término de dos años “discriminando arbitrariamente una determinada modalidad de este ejercicio, porque el transporte remunerado de pasajeros no sólo puede llevarse a cabo en taxis, sino que también por medio de otro tipo de vehículos que no fueron afectados por la citada ley” (rol 862-2000 caratulado Verónica Saez Marín). En suma la congelación es sólo de los taxis. La Corte al rechazarlo expondrá su teoría general de la igualdad y sin mayores explicaciones señalará “no se ha creado entre semejantes diferencia alguna y, además, porque son aplicables a todas las personas que han adquirido durante la vigencia de la ley 19.593 un vehículo con la finalidad de destinarlo como taxi al transporte de pasajeros en la ciudad de Santiago y, por lo mismo, afecta a la pluralidad de personas que se encuentran en la situación que queda regulada” (considerando 10). Por último he dejado para el final un caso muy revelador. Un argentino residente en el país, titulado de abogado en la Universidad de Salvador, revalidó su título en la Universidad de Chile, hizo la práctica profesional exigida para el título, pero al solicitar el otorgamiento del título de abogado, que como se sabe, otorga la Corte Suprema, ésta le negó el derecho porque de conformidad al artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales para recibir el título se requiere la nacionalidad chilena. También impugnó el artículo 521 por la remisión que hace al 526. “Las normas discriminan a los extranjeros” en la obtención de un título, agregó el recurrente, ya que hace diferencias arbitrarias prohibidas por la constitución al señalar la “ley no podrá hacer diferencias arbitrarias” al excluir a los extranjeros del ejercicio de una profesión liberal (rol 543-98, caratulado Torres, Pedro C.). Además objetó otros aspectos de la norma, que no analizaremos aquí. El Fiscal estuvo por rechazar el recurso. La Corte al rechazar el recurso señalará que la historia del precepto es consistente con la aplicación que se le está dando en este caso, que existen, además, muchos casos en los cuales las leyes y la constitución exigen la nacionalidad y ello no los vuelve inconstitucional y que la Constitución admitió expresamente que la Constitución admitió que en materia del derecho a libertad de trabajo se pudiera discriminar por razones de nacionalidad. Siendo, entonces, esta discriminación una de aquellas carece de justificación la impugnación desde este capítulo. Se trata de una discriminación fundada en la Constitución señala la Corte.

De lo expresado puede afirmarse lo siguiente:

1. De todas las causas que se han ingresado y fallado en relación con el principio de igualdad escasamente se encuentra alguna formulación más o menos desarrollada acerca de dicho principio, circunscribiéndose las ideas habitualmente a uno o dos considerandos. Además rara vez encontramos en estas argumentaciones sobre igualdad un intento deliberado de justificar los razonamientos. Bastante general y escasa la argumentación y como veremos, también bastante elemental los argumentos que sirven de base para las decisiones.

2. Ahora bien, en cuanto al fondo del problema de delimitar y dotar de sentido al derecho de igualdad, cabe concluir que la Corte ha sustentado una idea de la igualdad como tratar a aquellos que se encuentran en situaciones iguales como iguales (incluyendo en esta idea, incluso el único caso de discriminación positiva que se ha presentado). Si bien pudiera entenderse de modo lógico que como todos somos iguales a partir de este punto deben justificarse las desigualdades como una transgresión a la igualdad, aunque puede excusarse la discriminación por ser justificada. La concepción de la Corte omite designar el punto de vista -el tertium comparationis- desde el cual y a raíz del cual va a comparar a los sujetos o situaciones. De ese modo, además, podría aplicarse un criterio a otros casos o formarse una base argumentativa interesante. Con el concepto de igualdad como generalidad que se advierte en los fallos analizados cualquier

concepción de igualdad o de discriminación que posea la ley resultará satisfactoria porque siempre el legislador lo que hace es efectuar algunas, varias, monstruosas o razonables diferencias entre situaciones y personas. Si la Corte no se aviene a dotar de sentido a la idea de “diferencias arbitrarias” profundizando en los criterios -asumiendo posturas valorativas que disientan del legislador- será muy difícil que la igualdad tenga algún sentido distinto de aquel impulsado por las propias normas legales que se solicita revisar. Se puede afirmar, que definido así el derecho de igualdad carece de trascendencia pública.

3. Inaplicabilidad: inconstitucionalidad sobrevenida y derogación tácita. De los anteriores acápites se advierte que hay buenas razones para pensar que las decisiones de inaplicabilidad emanadas de la Corte Suprema no satisfacen dos de las exigencias o funciones que hemos dicho se propone toda jurisdicción constitucional: tutelar derechos fundamentales para la democracia constitucional con relativa continuidad y consistencia (el derecho de propiedad en el caso del DL 2695) ni desarrolla, delimita ni atribuye significado de modo coherente a los valores y principios constitucionales que los reclaman de cara a casos concretos (principio o derecho de igualdad). En este apartado, procuraremos averiguar si la Corte Suprema ha logrado satisfacer el primer objetivo que decíamos toda jurisdicción constitucional se propone, a saber, resolver los problemas conflictos normativos que la Constitución -en ocasiones- tiene con otras fuentes del derecho. De este modo pretendemos cubrir el primer objetivo que toda jurisdicción constitucional se propone: asegurar la supremacía constitucional por sobre el derecho del legislador. Para ello vamos a revisar las decisiones de inaplicabilidad en materia de inconstitucionalidad sobrevenida o derogación tácita. Este problema posee particular interés porque las decisiones constitucionales en esta materia atraviesan desde 1925 hasta la fecha.

El problema de la inconstitucionalidad sobrevenida o la derogación tácita es uno de los conflictos normativos determinantes que presenta nuestro ordenamiento jurídico. Resolverlo de modo acertado es determinante para la vinculación del derecho de la Constitución a todo el resto del ordenamiento. El supuesto sobre el que descansa la fuerza normativa de la Constitución, como derecho superior al resto del ordenamiento, es que todo derecho vigente debe ser consistente con ella. Un aspecto decisivo para advertir si en un sistema rige efectivamente la Constitución es cómo se resuelven las inconsistencias entre el derecho antiguo y el derecho de la Constitución. Se trata de saber, desde una perspectiva política, si las decisiones del poder constituyente transformarán el ordenamiento vigente hasta ese momento. Se trata de saber si el derecho antiguo contradictorio con la Carta subsiste o de qué manera deja de imperar frente al nuevo derecho. La eficacia derogatoria de la Constitución respecto del derecho dictado con anterioridad a su entrada en vigencia, es lo que está en juego.

Por lo pronto, cabe imaginar que las leyes anteriores a la Constitución pueden estar en conflicto con el contenido de esta última. Los modos de resolver este conflicto apuntan, por una parte, a un criterio de temporalidad, según el cual la Constitución es una norma o ley posterior a dichas leyes y en consecuencia debe preferirse; y por la otra, a un criterio de jerarquía, puesto que la Constitución es una norma o ley puesta o situada como derecho superior al derecho anterior a la Constitución. Si se aborda el problema mencionado desde la perspectiva de la temporalidad, entonces, se concibe el asunto como una cuestión de derogación tácita; y en cambio, si se aborda como un asunto de jerarquía, se le trata como un problema de inconstitucionalidad sobrevenida. Detrás de estas opciones hay diferencias de fondo. Un juicio de derogación tácita emitido por la jurisdicción es siempre una formulación que abarca un pronunciamiento de fondo, de contenidos normativos. Se trata de la inconsistencia del contenido normativo de dos preceptos que deben ser equivalente en extensión y en rango o jerarquía. Si no, no se produce la derogación o ésta acaece solo parcialmente. En cambio, un juicio de inconstitucionalidad sobrevenida es un juicio en el que está en juego una norma superior, está en juego una cuestión de competencias, muchas veces incluso independiente del contenido de los preceptos, de modo que un juicio de

esta especie abarca tanto una revisión de fondo como de forma, esto es, debiera proponerse revisar tanto las inconsistencias de contenido normativo -si la ley antigua transgrede los nuevos principios o normas constitucionales- como lesiones a las reglas formales de legitimación del derecho. Así, en el primer caso la ley debe invalidarse por razones de derogación y en el segundo por razones de inconstitucionalidad sobrevenida.

Ahora bien, en uno y otro caso, es indispensable resolver si será la jurisdicción constitucional la llamada a resolver el punto o si los tribunales ordinarios poseen atribución para llevar a cabo tal tarea. Este último punto es muy importante, puesto que si el asunto es de derogación tácita correspondería al tribunal que conoce del litigio pronunciarse acerca de la sobrevivencia de la ley -lo que excluye a la Corte Suprema, como es natural- y si en cambio la cuestión es de jerarquía corresponde, por efecto del artículo 80 de la Carta, exclusiva y únicamente, a la Corte Suprema el pronunciamiento de inaplicabilidad, debiendo excluir a los tribunales de fondo. El punto posee -y esto quiero destacarlo- importantes consecuencias para el modelo de jurisdicción constitucional. Mientras en el primer caso, esto es, como derogación, el concesión de facultades constitucionales a los jueces de fondo modifica el criterio mantenido hasta ahora acerca del carácter concentrado de la inaplicabilidad e implica alterar el diseño de la jurisdicción constitucional actual (una verdadera inaplicabilidad difusa, al estilo de Perú o Argentina, por ejemplo) y se crearían muy buenos argumentos para extender la inaplicabilidad a todos los jueces, en el segundo caso, esto es, como jerarquía, supone que la interpretación de la Carta ha de mantenerse de modo concentrado. De modo que los fallos de la Corte son decisivos para configurar sus propios poderes constitucionales y para definir el modelo de jurisdicción constitucional.

Veamos cómo la Corte Suprema ha enfrenta el tema.

Por lo pronto es posible constatar que durante las últimas décadas la Corte ha tenido criterios interpretativos disímiles (57). El criterio dominante hasta 1978 fue que la Corte Suprema poseía atribuciones para conocer y fallar recursos de inaplicabilidad presentados contra leyes vigentes con anterioridad a la (o las) Constitución (es). Hasta esa fecha, la Corte no diferenciaba entre derogación tácita e inconstitucionalidad sobrevenida. Desde esa fecha en adelante, la Corte comienza a fallar que no cabe utilizar el recurso de inaplicabilidad para resolver cuestiones o materias que atañen a la sobrevivencia de la ley en el tiempo. Interpreta, entonces en este último caso, el problema como un asunto de derogación tácita y por lo mismo, limita sus propias atribuciones de control constitucional derivando a los jueces de la instancia o del fondo la determinación de si la ley anterior estaba o no vigente (el asunto era muy complicado para los jueces, vigente como estaba la definición de prevaricación). Desde 1985 y de modo bastante dubitativo, la Corte Suprema varía, no la definición del problema, sino que la competencia para resolverlo: concibiendo el problema como de derogación tácita, cree que junto con la competencia del juez de fondo para conocer de esa materia, subsiste -y en algunos fallos se afirma que es preferible- la facultad o atribución de la Corte para pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto vigente con anterioridad. Desde 1990 en adelante, asistimos a una verdadera dificultad de la Corte para elaborar un enfoque consistente -con otros que poseyó en el pasado- y coherente con las aristas que el problema presenta.

En efecto, en el primer fallo del período sobre el que versa esta investigación, en el rol 14882 (25.1.90) García Domínguez y otros, donde se solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12, 1567 N° 10, 2514 al 2520. Afirma la Corte que el problema es una cuestión de derogación o de supervivencia de la ley y no de constitucionalidad. Solo cabe entonces constatar que los preceptos legales han estado vigentes con anterioridad a la Constitución de 1980, y constatado aquello la pretendida inconstitucionalidad no puede dar cabida a la presentación de un recurso de inaplicabilidad. Luego afirma que atendida la distinta entrada en vigencia sólo

puede dar lugar a un problema de derogación tácita. Por último, corresponde al “respectivo órgano jurisdiccional” “y en cada caso particular” la determinación soberana acerca de si una disposición legal pugna con una norma constitucional posterior. Con ello se mantiene el criterio interpretativo que tuvo durante la década del ochenta. Este enfoque representa lo que hemos dicho, enfrentado al tema como derogación solo cabe que los tribunales de fondo y en este caso de modo exclusivo resuelvan las inconsistencias.

Luego, la Corte Suprema cambia de posición; en el rol 17933 (20.3.90) Carrasco Toledo, Marta. Inconstitucionalidad del artículo 13 DFL 1182 y artículo 4° DL 1608. El Fiscal enarbola el tema de la derogación tácita. La tesis de la Corte Suprema en este caso es que el artículo 80 opera ante “todo precepto legal contrario a la Constitución” no diferenciando entre antes o después. Agrega que el derecho de propiedad invocado es en síntesis el mismo al consagrado en la Constitución de 1925 “de modo que ha habido continuidad en relación a tal normativa y corresponde a este tribunal determinar si un texto legal -cualquiera que sea la época de su vigencia- es o no aplicable a una gestión por ser contraria a los derechos y garantías que se protegen”. En el caso rol 14.444, (8.6.90) de Natividad Campos en el que se impugna la constitucionalidad del DL 2695, la Corte vuelve sustentar el mismo criterio de que cabe entrar al conocimiento de estas materias. En este caso, declaró que el decreto ley indicado contravenía el artículo 19 número 24 de la Carta.

En el rol 27.640 (24.8.90) Contreras Manual. Inconstitucionalidad del DL 2191. El Fiscal vuelve a esgrimir su criterio en orden a que “resulta imposible” un pronunciamiento respecto de una ley inexistente porque ha sido derogada tácitamente. En este caso la Corte Suprema previene sobre el tema de modo de esgrimir su “doctrina invariable” sobre el punto, sosteniendo que ha habido un único caso en contra de esta posición (se refiere al de García Domínguez, rol 14882). No se comparte el criterio de García (1) Porque de tal manifestación resulta que la Corte se inhibe por ello de un pronunciamiento, toda vez que la Carta no hace distinguos entre preceptos legales; (2) que el recurso de inaplicabilidad encuentra su fundamento “en el principio jerárquico de las leyes” y “evitar la contradicción entre ley fundamental y la ley común u ordinaria” (3) Para la procedencia de este recurso, “basta que ambos preceptos estén vigentes y que la gestión judicial en que incide no esté terminada o afinada”; (4) la vigencia del principio jurídico según el cual donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir. El voto de mayoría entonces, está dirigido a pensar que el problema es de inconstitucionalidad y que por ello, solo la Corte Suprema posee competencia para resolverlo. Sin embargo, en este caso hay un voto de minoría fundado, que afirma: (1) parece natural para la inconstitucionalidad que “un precepto legal debe haber sido dictado por el legislador vulnerando algún principio consagrado en una norma de rango constitucional” y por ello se requiere que la Constitución sea anterior a la dictación de la ley. (2) En el fallo del Tribunal Constitucional sobre pensiones (la ley interpretativa) éste estableció que los pronunciamientos de constitucionalidad sólo se refieren a las leyes posteriores. (3) Citan algunas opiniones doctrinarias coincidentes.

En los roles 16.947, 16948 y 16949, todos fallados el 24.4.91 e interpuestos por Cardone de la Roza, Hector, dirigidos a impugnar el DL 2695, la Corte Suprema tuvo oportunidad de volver a enfrentar el tema. Esta vez, acogiendo el recurso, se pronuncia afirmando (1) que si los jueces de la instancia tienen esta atribución “también puede esta Corte declarar la inconstitucionalidad de esta última”; (2) que el artículo 80 de la Constitución no distingue entre diversos preceptos legales; (3) que el artículo 80 consagra exclusivamente el control constitucional en manos de la Corte Suprema; (4) por último, y ya referido al DL 2695 y su supuesta infracción de la Constitución, la Corte afirma “cabe tener presente también que como se ha expresado, el DL 2695 fue promulgado en 1979, durante la vigencia de la Carta política de 1925, que regulaba la garantía del derecho de propiedad en los mismos términos que fueron mantenidos mas tarde en el Acta Constitucional de 1976, principios que a su turno, también fueron incorporados a la Constitución de 1980, de suerte tal que por la

encadenación existente entre todas estas normas de rango superior, aparece de manifiesto que no se ha producido en la materia ninguna laguna o solución de continuidad (sic), y siendo así, el referido DL no puede ser considerado anterior al mencionado Estatuto Político de 1980". Sencillamente notable. Como se puede ver la Corte no resuelve el problema, se pronuncia como si fuera un asunto de inconstitucionalidad sobrevenida pero atribuye a los tribunales de la instancia la competencia del problema -obviando que la revisión de inconstitucionalidad están atribuidas en exclusiva a la propia Corte- como si fuera un asunto de derogación de leyes y atribuyéndose una potestad derivada. Estos fallos revuelven el problema pero no lo solucionan.

En el caso del rol 20.300 (26.6.91) Asociación Gremial de Impresores. Se impugna el artículo 7° transitorio del DL 2758 y los artículos 15 a 19 de la ley 18.018. En lo que atañe al pronunciamiento del DL (considerando 2) afirma claramente que acoge tal excepción porque "como lo ha resuelto reiteradamente en sus fallos" dictados con posterioridad al 11 de marzo de 1991 esta es una "cuestión de supervivencia de la ley" que corresponde dilucidar a los jueces de la instancia", ellos son "los únicos" llamados a decidir la vigencia de un precepto. La novedad está aquí en que también es acogida la excepción de inadmisión "ya que el artículo en comento (ley 18018) solo tuvo por objeto precisar los términos de una norma anterior a la vigencia de la Constitución", a la cual debe entenderse incorporada. En este caso, la Corte vuelve a su anterior doctrina, sin dar ninguna explicación. Cabe eso sí, advertir que la Corte al sustentar este criterio es coherente: si el asunto es de sobrevivencia de la ley en el tiempo, ello corresponde a materias de derogación que debe resolver el tribunal de la instancia (independiente de la opinión que esto nos merezca). No existe, con todo, ninguna evidencia de que los jueces de fondo hayan alguna vez ejercido las facultades que la Corte le atribuyó.

En el rol 16.227 (12.6.91) se impugna el DFL 252, específicamente el artículo 98, caso Medina, Pero Antonio. En esta controversia la Corte Suprema se aviene a entrar al fondo. Lo declara sin lugar pero entra al fondo cambiando su punto de vista anterior. Existe un voto de minoría que afirma la derogación tácita. Lo mismo acontece en el rol 16.564, 26.7.91, Ochsenins, Jorge.

En el rol 16.164, de fecha 31.10.91, Vera Bascur, Miguel. Se trata de impugnar unas normas del Código Sanitario. Un establecimiento naturista es clausurado porque en virtud de los artículos 53, 54, y 112 del C. S. se dedica al ejercicio ilegal de la medicina y el artículo 112 afirma que sólo podrán dedicarse a desarrollar actividades propias de la medicina quienes poseen título respectivo otorgado por una universidad reconocida por el Estado. Entonces el problema de la derogación tácita vuelve a presentarse, esta vez provocado por el informe del Fiscal de la Corte Suprema. El Pleno discrepa con este último (1) porque si la Constitución permite que sean los jueces de la instancia los que lleguen a pronunciarse acerca del problema de la derogación con mucho mayor razón la Corte Suprema puede hacerlo porque el mandato de la Constitución a ésta es amplio y no distingue entre distintos tipos de preceptos legales; (2) de aceptarse la derogación tácita como se propone quedarían muchos conflictos sin resolver, entre otras cosas, porque la ley general posterior no deroga la ley particular anterior y los magistrados de fondo, así, se verían obligados a aplicar una norma contraria a la Constitución. (3) "tanto desde el punto de vista jurídico cuanto como por importantes normas de conveniencia institucional es preferible que sea la Corte Suprema y no la judicatura de la instancia la que resuelva un asunto de tanta trascendencia como la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la ley". "Por todo lo expuesto, agrega, este tribunal entrará a pronunciarse sobre el fondo del recurso". El fallo indicado es importante porque, demuestra que la Corte Suprema se aviene a resolver a favor de la tesis de la inconstitucionalidad pero sin gran convicción y termina sugiriendo que es "preferible" que sea la Corte la que resuelva por razones de política constitucional, guiándose por una regla de prudencia (que no es despreciable, por cierto). Ello sin impedir que sean los jueces de fondo los que los aborden. De este modo, el problema queda sin ser resuelto con claridad.

En el rol 16.293, de 28.1.92 recurso interpuesto por la Compañía de Teléfonos de Chile, en que se impugna el artículo 43 del DL 3063, el “ministerio público” formula una objeción que se funda en la derogación tácita. En este caso, la Corte Suprema formula lo que considera “últimamente” ha sido su doctrina sobre el problema de la derogación o inconstitucionalidad. Sostiene, por lo pronto, que la Constitución no hace distinguos entre preceptos legales. Además, agrega la idea de que el hecho de que un precepto esté vigente con anterioridad a la Constitución “no obsta a que esta Corte se pronuncie sobre la cuestión de la inaplicabilidad”, puesto que “si los jueces de la instancia pueden decidir en el sentido que la Constitución ha derogado alguna ley común con mayor razón puede hacerlo esta Corte Suprema, que se halla en la cúspide de la escala jerárquica del Organo Jurisdiccional y a quien el artículo 80 de la Carta Política le entrega precisamente esta facultad”. Que este ha sido el criterio, además, que ha regido toda la interpretación del problema durante la vigencia de la Constitución de 1925 en relación a las leyes dictadas durante el imperio de la Constitución de 1833. Nuevamente la Corte falla el asunto sin resolver el fondo del asunto: si se trata de una cuestión de constitucionalidad o de derogación. Si, como sabemos, es un asunto de constitucionalidad, esto es, de hacer prevalecer la jerarquía normativa de las normas, por efecto del artículo 80, le está vedado a los tribunales inferiores pronunciarse sobre el asunto.

En el rol 16.672, de 10.4.92 Puga González, Juan se impugna el DL 2695 una norma claramente dictada con anterioridad a la Constitución de 1980. Nuevamente a solicitud del Fiscal la Corte se pronuncia afirmando, (1) de acuerdo al artículo 80 de la Constitución no cabe efectuar ningún tipo de distinción o diferencia entre preceptos dictados y vigentes antes de la Constitución de aquellos dictados con posterioridad a ella. (2) y ya en aplicación al caso que nos ocupa, el DL 2695, sienta su teoría de que hay “solución de continuidad” entre las normas sobre la propiedad de la Constitución de 1925 y las de la Carta del 80.

En el rol 16.868, de fecha 16 de septiembre de 1992, interpuesto por la Sociedad Benefactora Dignidad para impugnar el artículo 559 inciso segundo y 561 del Código Civil. En este caso, a solicitud del Ministerio de Justicia la Corte se pronuncia sobre la derogación o inconstitucionalidad y las facultades de la propia Corte en esta materia. La Corte sostiene, en suma, que tiene competencia porque el juicio de derogación presupone uno de inconstitucionalidad y ello está expresamente comprendido dentro de las facultades que el artículo 80 entrega a la Corte. Que, luego, una decisión de la Corte en esta materia servirá para orientar a los tribunales inferiores “lo que representa un aporte a la función judicial y a la juridicidad”. Agrega que precisamente, la derogación es una cuestión que cabe de ser revisada por medio de la inaplicabilidad porque hay una cuestión de “subsistencia y es precisamente el recurso de inaplicabilidad” el que tiene por objeto declarar la inaplicabilidad de los preceptos contrarios a la Constitución.

En el rol 28.552 de 8.10.92 se revisa la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 44 de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques en atención a si es constitucional la exigencia de que el girador deba consignar la totalidad del capital intereses y costas. La Corte vuelve a pronunciarse sobre el punto afirmando que (1) el artículo 80 no hace distinguos entre los tipos de preceptos legales; (2) Lo que está en juego en este tipo de conflicto es la jerarquía constitucional y no la derogación de los preceptos legales. Que cuando los artículos 52 y 53 del CC hacen mención a la derogación se refieren a normas de igual rango y no ha podido referirse a la Constitución porque entre ley y Constitución proviene del artículo 1ª del Código Civil. Otro tanto similar se afirma en el considerando 1º del fallo rol 16.868.

Del mismo modo, en los roles 18767, 18768, 18729, 18766 y 18728, todos interpuesto por Tunis König, Teresa y en contra del DL 2695, fallados con fecha 19 de mayo de 1993, la Corte desecha el problema de la derogación tácita o de la inconstitucionalidad sin entrar en el sentencia al punto y a pesar de que la parte formuló objeción en tal

sentido. Solo se deja constancia de que la Corte desechó una indicación previa de parte de tres Ministros.

El 2 de septiembre de 1994, causa rol 21.298, interpuesto por, Oemick Estay, Oscar, mediante la cual se solicita la declaración de inaplicabilidad de la norma del artículo 27 del D.S. 294, que fija el texto refundido de la ley 15.840 y del DFL 206. En este caso, la Corte junto con rechazar el recurso, hacia el final, destina alguna frase al problema, sosteniendo que el problema es uno de competencia: la Corte Suprema tiene competencia para conocer de un recurso de inaplicabilidad formulado contra una norma vigente con anterioridad a la Constitución porque si los jueces de la instancia pueden declarar que si la ley general que es la Constitución deroga una ley especial común “también puede” la Corte Suprema declararla. Que lo único que exige el artículo 80 para dicho pronunciamiento es que tanto la ley como la Constitución estén vigentes simultáneamente. No deja de ser sorprendente la confusión en que incurre la Corte: por una parte trata el problema como si fuese de inconstitucionalidad pero reconociendo que es de derogación, al admitir que “también” tiene competencia la Corte junto al tribunal de la instancia.

En el rol 23.758 resuelto con fecha 21.10.95, interpuesto por Fernández Leal, Carlos en contra del artículo 15 del DL 2448 y a instancias del Abogado Procurador Fiscal, se pronunció sobre el tema reiterando los argumentos que ya conocemos: (1) que ha sido, desde el caso de Natividad Campos uniforme los fallos que rechazan esta alegación (ya hemos visto que no es así); (2) que si los jueces de la instancia pueden decidir que la Constitución ha derogado una ley común “ello no es obstáculo” para que la Corte Suprema lo haga. (3) que el artículo 80 no ha hecho ningún tipo de distingo entre las normas del caso. Nuevamente este planteamiento no resuelve el problema de fondo.

En suma, la Corte Suprema, al parecer, ha llegado -no sin altibajos- a la conclusión que el tema del derecho vigente con anterioridad a la irrupción de la Constitución de 1980 debe ser abordado como inconstitucionalidad sobrevenida y no derogación tácita. Al adoptar este criterio, volvió a sustentar el criterio interpretativo que sobre el tema sostuvo hasta finales de la década del 70. Ello no es óbice, sin embargo, para constatar que durante todo el período de investigación existen fallos favorables a decidir el asunto como derogación tácita y la presencia de claros votos de minoría que aun mantienen ese criterio. Sin embargo, al resolver la Corte de este modo ha dejado en la oscuridad si los jueces de la instancia mantienen las facultades que tan generosamente se les conceden. Y la razón de todo esto es que, del modo que la Corte ha resuelto este problema, se generan dudas acerca de si efectivamente lo ha hecho de modo claro. Hemos dicho que si el asunto es de inconstitucionalidad sobrevenida, como parece creer la Corte, entonces cabe revisar toda inconstitucionalidad tanto de “forma” como de “fondo” y cabe, por expresa mandato del artículo 80, prevenir que los jueces de fondo no tienen competencia o atribuciones para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del derecho anterior a la Carta. Pero ninguna de las dos cosas ha sucedido. Por el contrario, en algunos casos de modo claro, y en otros de modo indirecto, la Corte atribuye a los tribunales de fondo expresas facultades para conocer y resolver lo que ella considera -ahora último- una clara cuestión de inconstitucionalidad sobrevenida. Se afirma que si los tribunales de la instancia tienen competencia para resolver estas materias “con mayor razón” la tiene la Corte Suprema. Tal ambigüedad genera serias dificultades: ¿ante quien, en definitiva, se solicita la inaplicabilidad? ¿tienen los jueces de la instancia potestades de inaplicación o invalidación constitucional? Nada de esto ha sido resuelto con precisión, provocando externalidades adversas al resto del sistema (58).

La afirmación de que este tema es una cuestión de inconstitucionalidad sobrevenida y no de derogación tácita -como se supuso durante buen tiempo- debiera llevar a la Corte a afirmar que toda contradicción con la Constitución sea ésta provocada por transgresiones formales o de fondo -como, falsamente, se han dado en llamar- admite su declaración de inconstitucionalidad. Ya sea que el precepto o la ley hayan sido

dictados con anterioridad -cosa que nunca ha hecho- como con posterioridad. Pronunciamento, este último, que tampoco ha efectuado. En efecto, con fecha 31 de marzo de 1994, la Corte fallo los roles 20.678, 19.776, 19.845, 20.136, 20.137, 20.138, 20.139, 20.402, 20.413, 21.130 y 20.135 rechazando que el recurso de inaplicabilidad, en función del artículo 80, permita efectuar pronunciamientos de forma, esto es, relativos a inconsistencias en la legitimidad procesal de las normas. De este modo, genera una nueva inconsistencia acerca de los capítulos de inconstitucionalidad que pueden ser impugnados, provocando nuevas dudas sobre el problema del derecho inconstitucional vigente con anterioridad a la Carta.

Conclusiones.-

1. La jurisdicción constitucional chilena ha sido entregada a la Corte Suprema mediante el recurso de inaplicabilidad. Esta acción presenta un diseño institucional marcadamente privado. El procedimiento de inaplicabilidad, la disponibilidad e impulso del mismo, la legitimación para interponerlo y los efectos de una sentencia favorable, están reducidos a los intereses particulares del caso. Hay escaso debate público en los casos de inaplicabilidad y ninguna participación de entes particulares o públicos que esgriman intereses o puntos de vista generales o colectivos.

2. La ausencia de un fallo de invalidación, aunado a la carencia en la práctica constitucional de una institución similar al precedente importa un alto riesgo de fallos diferentes sobre materias similares y alienta la idea de inestabilidad de las decisiones constitucionales.

3. Cuando se analizan la consistencia de los fallos de la Corte suprema de cara a satisfacer las tres exigencias que hemos dicho espera, como bienes públicos, cualquier sistema jurídico que satisfaga la jurisdicción constitucional, sorprende que la Corte Suprema fracase tanto en (1) resolver cuestiones de validez constitucional del ordenamiento; (2) al tutelar derechos fundamentales; (3) y el interpretar íntegra y coherentemente los valores y principios constitucionales, desarrollando una verdadera práctica argumentativa de la misma. Así, al analizar los fallos sobre 2695 se advirtió cambios profundos y no debidamente justificados en las decisiones. De modo similar, al revisar cómo entiende el derecho constitucional de igualdad, se constata un modo de entenderla que priva de todo sentido a la misma, imposibilitando cualquier control constitucional de la ley en este punto. Por último, al revisar la cuestión de la validez del derecho anterior a la Constitución, se advierte una fuerte ambigüedad entre abordarlo como inconstitucionalidad o derogación.

4. La cuestión de la inconstitucionalidad de forma. La Corte Suprema, en los 12 años investigados, sólo en una ocasión conscientemente se pronunció acerca de la procedencia de la inaplicabilidad respecto de la denominada inconstitucionalidad de forma (este caso está representado por 13 juicios iguales). Aunque es obvio, vale la pena recordar que si bien la totalidad de la constitución es obligatoria, entendemos que una ley o un precepto legal es inconstitucional de forma si infringe las normas que regulan su modo de producción. La Constitución es una fuente de fuentes del derecho pues instituye y regula los órganos con competencia para crear derecho válido al interior del ordenamiento. En especial, la Carta determina el procedimiento a través del cual puede el legislador promulgar normas legales. Si el legislador infringe el conjunto de disposiciones constitucionales que determinan la producción de esa norma legal, entonces hablamos de inconstitucionalidad de forma. La de fondo, en cambio, se produce cuando el órgano legislativo violenta los límites de contenido que

la propia Carta coloca. Estos límites de contenido están constituidos en especial por los derechos fundamentales y otros principios y valores constitucionales. Como es evidente tanto la inconstitucionalidad de forma como de fondo, son infracciones a la Constitución (59).

Desde 1925 a la fecha, la Corte Suprema se ha negado regularmente a entrar a evaluar este tipo de transgresiones “de forma”. El tema tiene históricamente una especial significación para Chile pues la cuestión de las inconstitucionalidad formal, los desacuerdos acerca del cumplimiento o no del procedimiento legislativo por los poderes públicos involucrados, ha sido fuente de agudos conflictos políticos durante el siglo recién pasado y de cruentas guerras civiles durante el siglo XIX. Es muy significativo que ante un tema crucial -la cuestiones formales de la ley- que habría incrementado la legitimidad del sistema en general, la Corte sistemáticamente se haya negado a entrar a revisar si una norma legal se apegó o no al procedimiento previsto por la Constitución para su promulgación. Una vez entrada en vigencia, la Corte se ha negado a juzgar el proceder del poder legislativo, tal vez con la esperanza de que sobre la base del principio de separación estricta de poderes esta deferencia hacia el legislador implique a su vez que el Congreso haga otro tanto con la acusación constitucional contra Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia por “notable abandono de deberes”, lo que naturalmente supone revisar el cumplimiento formal de las tareas de los jueces.

En 1995 la Corte volvió explícitamente a revisar su abstención histórica. Esta vez el criterio de negarse a la revisión concluyó empatado y no obstante, el recurso fue declarado inadmisibile (qué curiosidad). Los hechos del caso eran particularmente evidentes y el acopio de antecedentes entregados por el solicitante bastante concluyentes. Se trataba del artículo 96 inciso tercero del Código de Minería que prevé la extinción de una pertenencia minera. Como la constitución prescribe que las normas sobre extinción de pertenencias mineras son materia de ley orgánica constitucional y éstas deben ser aprobadas a través de un procedimiento especial y con un quórum superior a aquel con que fue aprobado el Código de Minería, entonces, resultaba que una materia de ley orgánica fue regulada mediante ley simple, omitiéndose lo dispuesto por la Carta para la producción de las normas orgánicas. Existían diversos antecedentes que daban suficiente fuerza al argumento del solicitante. En lo que nos interesa aquí, la Corte declaró inadmisibile el recurso fundándose exclusivamente en dos argumentos, uno de carácter formal y otro relativo a la historia del debate constitucional. En relación al primer argumento sostuvo que el recurso de inaplicabilidad “es estrictamente jurídico y tiene por objeto la declaración de inaplicabilidad de una ley o determinado precepto legal, por ser contrario en los sustantivo a la Constitución Política” (considerando 17). Agrega, de acogerse la revisión de la inconstitucionalidad de forma de los preceptos legales “importaría ejercer una función revisora o de control, que la Constitución no le confiere sino que expresamente entrega a otros organismos que deben intervenir en su formación. En efecto, la actual carta fundamental entrega el control preventivo de la constitucionalidad de forma de la ley al Tribunal Constitucional” (considerando 179). El argumento es sorprendente porque es claramente errado por donde se le mire. El tribunal constitucional ejerce funciones preventivas de control constitucional. En el caso de autos se trataba justamente de un precepto legal que el legislador omitió promulgarlo respetando el procedimiento previsto, de modo que el tribunal constitucional nunca pudo revisarlo. En el sistema mixto de control que prevé la Carta del 80 si el legislador omite el procedimiento de la ley orgánica -y no hay un conflicto constitucional- el Tribunal Constitucional nunca revisará el proyecto o si sencillamente el tribunal no advierte una deficiencia en la tramitación habiéndola -fuera del caso del artículo 83 parte final- pasará lo mismo. El argumento de la Corte, supone otorgar un poder decisivo al poder legislativo para calificar su propio procedimiento y el quórum con que deben ser aprobadas las disposiciones, si el tribunal constitucional es omitido o se equivoca. De modo que la Corte no está pensando en garantizar la supremacía de la carta ni controlar la política para someterla al derecho.

El segundo argumento es curioso. Cita las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, efectuando una interpretación de lo que dicen algunos de sus integrantes y pretendiendo que hubo acuerdo en este sentido. La verdad es que el tema fue discutido en esa sesión y quedó postergado hasta alcanzar una visión completa del sistema de control que se impulsaría. No hubo nada concluyente en las sesiones que revisa la Corte. Ahora bien, lo que cojea del planteamiento de la Corte es recurrir a la opinión de algunos miembros de esa Comisión como argumento definitorio acerca del problema. El argumento de las Actas no es decisivo en un problema como el de la inconstitucionalidad de forma. El recurso interpretativo a las actas requeriría que estas fueran fruto del poder constituyente representativo y no el producto de una Comisión nombrada por la Junta de Gobierno dominante. Pero además, la Corte al recurrir a actas contradictorias debiera especificar por qué cree estar obligada a seguir estos criterios -es decir, debiera entrar a definir el problema de fondo, con lo cual se haría innecesario recurrir a ellas- pues los jueces están obligados a interpretar la Carta recurriendo al material normativo que ella provee -o sus prácticas- pero no a acatar opiniones de algunos miembros de una Comisión preconstitucional.

5. La tutela de los derechos mediante la acción de protección y el recurso de inaplicabilidad. La acción de protección -denominada en otras legislaciones amparo- es una técnica de tutela directa de los derechos fundamentales que instituye la Carta en su artículo 20. Por su intermedio, los lesionados por actos u omisiones de los poderes públicos -excluidas las lesiones provenientes del legislador- pueden recurrir directamente ante la Corte de Apelaciones “respectiva” -y luego en apelación, ante la Corte Suprema- para exigir que “inmediatamente” se les protejan sus derechos fundamentales. Para acoger una acción de esta especie, el acto o la omisión debe ser ilegal y o arbitrario y violentar -privar, perturbar o amenazar- un derecho fundamental del recurrente, de aquellos que taxativamente consigna el artículo 20 ya referido. Si el acto en cuestión es consistente con las normas legales que lo sustentan pero inconstitucional, la Corte nada puede hacer al respecto porque, como señalamos, le está vedado pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley. El lesionado podría intentar, entonces, que la protección prospere solicitándole a la Corte Suprema la inaplicabilidad del precepto legal que sustenta el acto. Como se ve, la inaplicabilidad tiene una especial relación normativa para la acción de protección. Ambas acciones o recursos, forman parte del conjunto de técnicas jurisdiccionales que la Constitución ha instituido para proteger derechos fundamentales, en distintas etapas del proceso de creación de normas. Sin embargo, la Corte Suprema, en los últimos años, ha declarado inadmisibles los recursos de inaplicabilidad intentados desde una acción de protección, produciendo un debilitamiento de la jurisdicción constitucional.

Hasta 1996 la Corte estimó que el recurso de protección era una gestión pendiente que habilitaba para un pronunciamiento de inaplicabilidad. En los hechos, por ejemplo, en 1993 declaró inconstitucionales los artículos 559 y 560 del Código Civil. Pero a partir de esa fecha cambió de parecer y si bien mantuvo formalmente el criterio de que era una “gestión pendiente” habilitante, decidió que era inadmisibile el recurso de inaplicabilidad teniendo en cuenta que al momento de dictarse el acto que se impugna por medio de la protección “esa norma -legal- no se había tachado de inconstitucional, por lo que su actuar -del administrador- no podría declararse ilegal por una sentencia posterior en un procedimiento como el ahora intentado” (rol 1565-Jaramillo Arraigada Gabriela y otro, sentencia de 18.12.98). El argumento ha sido repetido con iguales palabras sistemáticamente.

En efecto, a partir del caso rol 1480-96 Petar Tudor (6.9.96) Gamulín una mayoría de la Corte, si bien considera que el recurso es una “gestión pendiente” que habilita la interposición de la inaplicabilidad, rutinariamente ha declarado inadmisibile la inaplicabilidad al estimar que la ley estaba vigente al momento de dictarse el acto. Ha señalado la Corte que la inaplicabilidad exige que los preceptos legales que se objetan deben ser aplicables a la gestión de que se trata (protección), entendiendo que se refiere “a aquellos preceptos que han de resolver o solucionar la gestión respectiva”, lo

que cree, “no acontece en la especie”, pues la declaración de inaplicabilidad no incide en el asunto de protección ya que la norma legal, en este caso de la ley 19.198, no resuelve o soluciona el caso, toda vez que a través de la protección se pretende revisar si el administrador se ajustó o no a la ley. Luego, afirma que la declaración de inaplicabilidad sólo puede tener por objeto referirse a la norma aplicable al caso y ésta en la protección no es la que soluciona la disputa. Agrega que es inoficioso referirse a lo que creyeron los redactores de la constitución -en este caso no valida sus opiniones, por lo demás unánimes de que era procedente conectar ambas acciones- para resolver este punto.

La Corte sostiene que el recurso de protección intenta determinar “si la conducta del recurrido fue o no arbitraria o ilegal, y para lo que interesa, si ella precisamente tiene este último carácter en el momento en que se ejecutó el acto cuestionado”(3052-1997 Caratulado Sociedad Agrícola y Forestal Casino, considerando 3). Como se ve, la tesis de la mayoría se apoya en la idea de que la legalidad o arbitrariedad del acto se determina “al momento de la ejecución” del mismo.

Se advierte -y lo han resaltado diversos votos de minoría- la tesis de la Corte supone, en el fondo, que nunca podría interponerse un recurso de inaplicabilidad a partir de un recurso de protección, pues el argumento de la mayoría alude a que no podría, con posterioridad, acogerse un recurso de protección pues, al momento de dictar el acto el administrador, la ley que lo habilitaba estaba vigente.

La decisión no está bien fundada. Por lo pronto olvida la Corte que el objeto de la protección es revisar justamente el apego al derecho de un acto o una omisión administrativa, al que se le imputa en el recurso lesionar un derecho fundamental del recurrente. El acto debe ser arbitrario o ilegal, pero esta última exigencia no debe llevarnos a confundir o equiparar la protección con un recurso de legalidad o de nulidad de ordinaria factura en el derecho común, donde basta la infracción de la norma legal para dar lugar a la pretensión. El propósito central de esta parte de la jurisdicción constitucional que atribuye a las Cortes de Apelaciones y Suprema la revisión de actos u omisiones, es justamente la especial significación que tiene para la Constitución la infracción de un derecho fundamental y las implicancias públicas que dicha afectación tiene, atendida la posición y jerarquía de estos derechos. Este es también el sentido que tiene, en otro nivel jerárquico y frente a la ley, el recurso de inaplicabilidad, inaplicar leyes para garantizar derechos fundamentales. Pensar el recurso de protección únicamente como un refuerzo del principio de legalidad, importa desconocer el objeto de esta acción, y entenderla como equivalente jurisdiccional de los procedimientos instituidos por el derecho común. Si esto fuese así, carece de sentido instituir una jurisdicción constitucional especial y distinta -la del artículo 20 de la Carta- de aquella otra consagrada en el artículo 73, y que atribuye a los tribunales “establecidos por la ley” conocer las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado.

Lo afirmado por la Corte es interesante para advertir cómo interpreta la Constitución de cara al fortalecimiento procesal de los derechos fundamentales. Se trata de una interpretación literal de las instituciones constitucionales, la protección y la inaplicabilidad, basada en una dudosa definición procesal del objeto de ambas acciones. Pero dejando de lado una interpretación armónica de las normas que tienda a fortalecer la tutela de los derechos. Sus argumentos padecen una visión parcial de la garantía de los derechos, dejando en el desamparo aquellas situaciones en las que se procura la tutela de un derecho frente a actos legales de la administración pero que el afectado divisa como inconstitucionales. Exige en consecuencia la Corte intentar una acción ordinaria para desde ahí recurrir de inaplicabilidad, y sin sensibilidad hacia la prolongación del daño provocado en los derechos por un acto lesivo.

El argumento sostenido por la Corte de que la protección importa establecer si el acto era ilegal o arbitrario al “momento de la ejecución” es caprichoso. Desde una

perspectiva constitucional, no reviste interés determinar si el acto es legal o no al momento de su ejecución. Tampoco lo es para quien recurre frente a la lesión de un derecho. Lo relevante no es el momento en que se ejecuta el acto, sino que la revisión que hacen los jueces de la consistencia de un acto con el derecho. El acto debe ser discernido como consistente o no con la constitución y la ley en una sentencia. Es esta la oportunidad relevante para determinar la juridicidad del acto y si la norma legal en que se funda ha sido declarada inaplicable -en ese “momento”- no se divisan razones para que los jueces de la protección nieguen tutela a los derechos fundamentales del recurrente. El objetivo de la protección y de la inaplicabilidad es justamente proteger derechos de los individuos.

● Ver currículum del Autor



NOTAS

1. En la teoría constitucional actual, se ha desarrollado una tendencia interesante que reduce el papel de la jurisdicción constitucional a tutelar derechos fundamentales. Se afirma que basta con que se contemple un amplio recurso directo de los ciudadanos para que la jurisdicción constitucional se satisfaga. Véase, Francisco Rubio Llorente, *La Forma del Poder*, CEC, Madrid, 1993, en particular su artículo “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”.
2. Esto es justamente la práctica constitucional que se ha afianzado -por diversas razones- en Chile (cualesquiera que sea la opinión que ello nos merezca). Así, lo ha resuelto expresamente la Corte Suprema, ver fallo Cia Minera Tamaya y todos los ingresados por la Mineras para impugnar el Código de Minería (más adelante se detallan).
3. La inaplicabilidad también puede ser declarada de oficio por el Pleno de la Corte Suprema. Sin embargo, desde su creación en 1925 solo en una par de ocasiones lo ha hecho. De modo que evitaré referirme a esta modalidad de control.
4. La distinción entre norma (como significado de) y enunciado normativo, está tomada de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993. Me parece interesante para ilustrar que la inaplicabilidad versa sobre normas y que son éstas las que en última instancia, se declaran constitucionales o no, pero a los efectos de un caso (no se trata de un control abstracto, en el que se declaran inconstitucionales todas las posibles significaciones de un enunciado normativo, todas las normas que posee)..
5. Me refiero al artículo 80, que funda la facultad de la Corte Suprema, al decir “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueran sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión judicial que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.
6. Como se advertirá, la inaplicabilidad tuvo además una seria incoherencia durante varios años: la jurisprudencia de la Corte Suprema frente al derecho promulgado con anterioridad fue errática, admitiendo unas veces que era competencia de los tribunales de la instancia, otras de la Corte Suprema y la tendencia más extendida, que puede ser materia de pronunciamiento de la instancia o de la Corte Suprema (con votos de minoría)..
7. Este es, por ejemplo, el caso de los fallos pronunciados mediante el certiorari de la Corte Suprema de Estados Unidos. Por otra parte, el artículo 6º de la Ley Orgánica de Administración de justicia en España, establece que los tribunales de justicia deberán aplicar e interpretar la Constitución, conforme los métodos y criterios interpretativos esbozados en los fallos del Tribunal Constitucional. Lo mismo acontece en el TC alemán. En el caso Francés, si bien no existe obligación de seguir sus fallos por la jurisdicción ordinaria, el Consejo de Estado ha aplicado directamente los métodos y criterios elaborados por el TC.
8. En este sentido, no puede desconocerse la perturbadora idea que la Corte Suprema estimuló reconocer a todos los jueces de la República potestad para declarar

la derogación tácita de leyes anteriores a la vigencia de la Constitución. Aunque esta atribución no tiene aplicación real.

9. Esto la ha determinado el propio Pleno de la Corte Suprema a través de un Auto Acordado que fijó la división y distribuyó los asuntos por Salas.

10. Véase artículos 87 y 88 de la Constitución.

11. Véase artículo 84 de la Constitución.

12. Si bien, el artículo 80 de la Carta atribuye también al Pleno de la Corte Suprema actuar de oficio, en las materias de que conoce, tal facultad ha tenido escasa significación en los hechos, ya que estas materias que conoce el Pleno son escasas.

13. Rol 299, caratulada Jiménez Klizama, Orgina, considerando 4.

14. Usaré un concepto reducido de productividad, ya que me limitaré a analizar los flujos del sistema -ingresos y egresos. Cuando analice la coherencia de las decisiones constitucionales se podrá advertir indicadores cualitativos -como la consistencia- de sus fallos.

15. Es necesario, creo, justificar el período escogido. Se comienza en 1990 porque es el primer año de plena vigencia de la democracia y la Constitución. El período anterior está marcado por las circunstancias. Termina en el 2001 -inclusive- porque en el plazo de 11 años es posible analizar -dados los promedios de duración de las causas- tres varios "ciclos" de causas.

16. El número aquí expresado es menor que el total de la investigación. La cifra se explica porque dada la pequeñez de algunas sentencias, ha sido imposible determinar la jurisdicción desde la que proceden.

17. Faltan 8 causas del total de la investigación, lo que se explica porque fueron dictadas durante 2002.

18. Este modelo ha sido extraído del texto de Santos Pastor, Sistema Jurídico y Economía, una introducción al análisis económico del derecho, Tecnos, Madrid, página 206 y siguientes. Pero también debo advertir que lo utiliza Carlos Peña en su artículo el sistema judicial chileno. A estas alturas no sé a quien se lo debo.

19. Años, se refiere al año calendario y no al año judicial. Atraso (A), refleja los valores netos acumulados de causas pendientes de todos los años (ello no quiere decir que estén las causas pendientes porque la Corte no las ha resuelto, hay muchos factores que puede influir en ello y no todos imputables al tipo de trabajo del tribunal -por ejemplo, si la causa no es notificada por las partes, figura como "atraso", aunque no se ha movido por la parte que lo ingresó-). Este dato se ha obtenido del modelo realizado por nosotros y ha sido cruzado con los datos que reconoce la propia Corte Suprema en el discurso inaugural del año judicial respectivo. Ingresos (B), refleja el número total de ingresos anuales de inaplicabilidad reconocidos en el discurso inaugural del presidente de la Corte Suprema y doblemente chequeados (la razón del chequeo es simple, la cifra que arroja los discursos inaugurales refleja también otros "reclamos" que no son inaplicabilidades); por una parte, con un registro de todas las causas ingresadas según acredita el "libro de ingresos" de la Corte Suprema (cifra que no coincide con la que la propia Corte dice -en el discurso inaugural- que han ingresado). Todas las cifras afirman cuestiones distintas. Fallos (C), refleja el número de fallos que efectivamente se han dictado en la Corte. La cifra ha sido obtenida del modelo que hemos elaborado, en consecuencia, ha sido tomada directamente de todos los expedientes de inaplicabilidad fallados que se encuentran en el archivo de la Corte Suprema y ha sido chequeada tanto con los discursos inaugurales, con el libro de ingresos y con el libro de fallos. A pesar de que las cifras no son del todo coincidentes, mantienen un alto nivel de cercanía, que no tiene mucho objeto relatar aquí porque no índice en las cifras generales. Pendientes (B-C), refleja la resta entre los ingresos y los fallos de un año determinado; ello grafica la incidencia del trabajo anual en el trabajo acumulado. Factor de gestión (B partido por C), es un índice que permite detectar cómo trabaja la Corte, midiendo la relación que se expresa entre los ingresos partidos por los fallos (por cada causa ingresada cuánto se falla).

20. Ello se debe a que, según el auto acordado referido a la inaplicabilidad, deducido el recurso deberá darse traslado a quien pudiere tener interés en la causa de fondo en la inaplicabilidad, lo que ha sido entendido como una principio dispositivo de parte.

21. Según nuestros datos, todas las causas lo solicitaron.

22. Por otra parte, el 60% de las causas acogidas responde al 2695, el 40% de las

inadmisibles corresponden a esta causa (con el agravante de que la inadmisión es en realidad una improcedencia ya que contiene un verdadero pronunciamiento de fondo).

23. No me interesa, en este trabajo profundizar las indeterminaciones, solo anotar la relación estrecha de éstas con el tipo de fundamentación de la jurisdicción constitucional y las exigencias que deben reclamarse de su labor. Para una mayor análisis debe verse, Manero, Juan José, La Indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. También, véase, de Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, 1992.

24. No es fácil explicar qué es esto de una práctica constitucional. Cabría decir que las indeterminaciones de un texto constitucional no lo son del mismo modo si concebimos a la Constitución no solamente como un texto prescriptivo -un conjunto de decisiones que hay que cumplir, como piensa C. Schmitt- sino como una práctica o convención generada no solo por la sanción de un documento sino también por la acción, actitudes, la dogmática y expectativas de jueces, legisladores, funcionarios y la ciudadanía en general. La idea es asimilable a la noción de punto de vista interno de Hart,, y a otras. Para la configuración de una práctica constitucional se recurre al texto constitucional valorativamente considerado. Pero una vez que dicha práctica se ha configurado -estoy consciente que esto tampoco es fácil de determinar con precisión- e incluye un cierto desarrollo e incluye convenciones se le da un significado al texto que aminora -no elimina- atenúa, las indeterminaciones. Estas, a su vez, pueden ser objeto y punto de partida de nuevas tendencias interpretativas. Como ha hecho notar Carlos Peña en su texto sobre Práctica Constitucional y derechos subjetivos Públicos (CNRR, 1996) no es fácil explicar porqué una práctica debería obligarnos. Para este tema, véase Carlos S. Nino La Constitución de la democracia deliberativa. Gedisa. Barcelona. 1997, paginas 41 y siguientes. También el texto de Carlos Peña, indicado más arriba.

25. Por diversas razones, lo he logrado revisar cómo se han fallado estos recursos, de modo que provisionalmente quedan vacíos. El total si los contempla.

26. rol 16.622, Duhart A., Juan Carlos, 28,01,92.

27. Puga G., Juan Alfonso, 10.04.92

28. Sin afirmarlo explícitamente, usa la idea de bloque de constitucionalidad, usada en el derecho constitucional europeo. Las razones están ligadas al valor tradicional de las categorías sobre propiedad del Código Civil.

29. Roles 16.0492, Cardone La Roza, Héctor, del 24.04.92, además los roles 16.948 y 16.949, se trata de la misma acción en la instancia y de los mismos solicitantes.

30. Causa rol 17.875, Cuevas Chacón, Marcelo, del 16.09.92.

31. Causa rol 17.143, Torres escobar, Mirna.

32. Causa rol 18.131, Allemand Pino, Mireya.

33. Causa rol 17.699, 29.01.93, Vargas González, Sergio y otro.

34. Causa rol 15.902, del 13.04.93, Dimter Brandau, Augusta.

35. Causa rol 18.540 de 23.04.93, Díaz Martínez, Eliana.

36. Causa rol 18.206 del 23.4.93, Saenz Díaz Rodrigo, proveniente de una oposición a la regularización de la propiedad; y causa rol 18.204, de la misma fecha, solicitante y acción de procedencia.

37. Causas roles 18.767, 18728, 18766, 18768 y 18729, todas resueltas el 19.0593 y provenientes de una juicio de reivindicación de inmueble (una especie de cité.

38. Causa rol 18.506 de fecha 26.05.93.

39. Corte Suprema, rol 469, caratulado Provosto Saez, Javier y otro.

40. Por entrar al recurso, Jordán. Fallo: Aburto, Zurita, Faundez, Dávila, Bereaud, Toro, Araya, Valenzuela, Álvarez, Bañados, Carrasco, Correa, Garrido, Navas, Libedinsky)

41. Corte Suprema, rol 767 -1997, caratulado Gajardo Quezada, Eliana.

42. Voto de minoría Araya y Valenzuela por considerarlo inconstitucional y de mayoría Aburto, Zurita, Faundez, Dávila, Bereaud, Alvarez, Bañados, Carrasco, Correa, Alvarez, Garrido, Navas, Libedinsky.

43. Corte Suprema, rol 1706 caratulado Ayala Pizarro, Juan de Dios y otra. La otra causa es Corte Suprema, rol 2504 Cooperativa Campesina San Fernando. Y Corte Suprema rol 2505 también caratulado Cooperativa Campesina San Fernando.

44. Corte Suprema rol 613 caratulado Zepeda Gomila, María.
45. Corte Suprema, rol 3238,-1997 caratulado Le Moal Muller, Francais y otra.
46. Por el recurso concurrieron: Dávila, Jordán, Correa, Navas, Benquis, Gálvez, Rodríguez, Cury, Pérez, y Marín. Estuvieron en contra, Faúndez, Álvarez García, Carrasco, Libedinsky, Álvarez Hernández, Yurac y Espejo.
47. Rol 299-98 caratulado Jiménez Lizama, Orgina.
48. Por la mayoría concurrieron Dávila, Faúndez, Alvarez, Carrasco, Correa Buló, Garrido, Libedinsky, Ortiz, Benquis, Tapia, Gálvez, Chaigneau y Marín.
49. Lo suscribieron, Jordán, Rodríguez, Cury y Pérez.
50. Corte Suprema, rol 1618 Alvarez Ojeda, Eiana y otros. Decisión de enero de 2000.
51. En este caso estuvieron por rechazar el recurso: Alvarez, Faúndez, Davila, Carrasco, Garrido, Navas, Libedinsky, Ortiz, Benquis, Tapia, Chaigneau del C., Cury, Alvarez, Marín, Yurac y a favor, Jordán, Rodríguez y Pérez
52. Corte Suprema rol 3298, Pérez Arancibia José y Otros. Decisión de Octubre de 2001.
53. Corte Suprema rol 1258 Ortiz Torres Carmen y otras. Decisión de Octubre de 2001.
54. Corte Suprema, rol 2668 Reyes Reyes Alfredo. Decisión de Septiembre de 2001.
55. Corte Suprema, rol 4254 Duarte Duarte, Olivia.
56. También desarrolló la idea de que el decreto ley no constituye una ley, ni material ni formalmente. No me extenderé en este punto por ser impertinente a esta parte del trabajo.
57. Sobre el particular, véase de Bertelsen, Raúl, “La Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad” (1981-1985), Revista de Derecho Público, vol. 1985 (Nº 37 y 38), página 167 y siguientes; también, Bulnes Aldunate, Luz “Análisis de la Última Jurisprudencia sobre el recurso de inaplicabilidad”, Revista Chilena de Derecho, vol. 20, página 519 y siguientes. También, Precht Pizarro, Jorge, “Derecho material de control judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: derogación tácita e inaplicabilidad (1925-1987)”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIV, número 3, 1987.
58. El problema de la “derogación tácita” acarrea una cuestión muy compleja, que como inconstitucionalidad sobrevenida en manos de el órgano superior judicial tiene más persuasión, a saber, la de cómo una norma legal específica puede ser declarada inaplicable frente a la norma constitucional general. Este proceso de interpretar la constitución para obtener reglas secundarias con arreglo a las cuales revisar la constitucionalidad de preceptos legales específicos es difícil que se asumido por jueces de instancia. En cambio el tribunal superior del poder judicial puede generar con autoridad prácticas en este sentido.
59. La definición de inconstitucionalidad de forma y fondo aparece definida en os considerando 7,9,12 y 16. Rol 20.678 Corte Suprema Compañía Minera Tamaya